

UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

UNIDAD DE POSGRADO

**El Sistema de elección de magistrados del Tribunal Constitucional y la
garantía de un proceso imparcial**

TESIS

**Para optar el Grado Académico de Magíster en Derecho con mención en
Derecho Constitucional y Derechos Humanos**

AUTOR

Mario Raúl Gutiérrez Canales

Lima – Perú

2013

ÍNDICE

1. TEMA (5)
2. INTRODUCCIÓN (5)
3. OBJETIVOS / JUSTIFICACIÓN (8)
 - 3.1 Objetivos (8)
 - 3.1.1 Objetivo general (8)
 - 3.1.2 Objetivos específicos (8)
 - 3.2 Justificación (8)
4. CARACTERÍSTICAS (12)
 - 4.1 Histórica (12)
 - 4.2 Comparativa (13)
5. LINEAMIENTOS DE LA INVESTIGACIÓN. LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN (TEMÁTICAS) (13)
 - 5.1 Lineamientos de la investigación (13)
 - 5.2 Líneas de investigación (temáticas) (14)
6. FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS (14)
7. APORTES DE LA INVESTIGACIÓN A LA DOCTRINA, A LA TEORÍA, A LA LEGISLACIÓN Y A LA JURISPRUDENCIA (15)
 - 7.1 Aportes a la doctrina (15)
 - 7.1.1 La Constitución y el Tribunal Constitucional (15)
 - 7.1.2 Los elementos esenciales en la composición del Tribunal Constitucional (18)
 - 7.1.3 La labor de interpretación del Tribunal Constitucional (23)
 - 7.1.4 La eficacia de las sentencias del Tribunal Constitucional y el sistema de administración de justicia (27)
 - 7.1.5 La legitimidad y el sistema de elección de miembros del Tribunal Constitucional (30)
 - 7.2 Aportes a la teoría (37)
 - 7.2.1 Referencias históricas (37)
 - 7.2.1.1 La justicia constitucional en el modelo concentrado de control constitucional (37)
 - 7.2.1.2 La evolución de los tribunales constitucionales en Europa (43)
 - 7.2.1.3 El Tribunal Constitucional y el Estado Constitucional de Derecho (47)
 - 7.2.1.4 La presencia de los tribunales constitucionales en Iberoamérica y en el Perú (52)

- 7.2.1.5 Los problemas en el sistema de elección de magistrados (56)
- 7.2.1.6 Los procesos de elección de magistrados del Tribunal Constitucional en el Perú (61)
 - 7.2.1.6.1 El proceso de elección de 1995 (61)
 - 7.2.1.6.2 El proceso de elección de 1996 (63)
 - 7.2.1.6.3 El proceso de elección de 2002 (66)
 - 7.2.1.6.4 El proceso de elección de 2004 y 2005 (68)
 - 7.2.1.6.5 El proceso de elección de 2007 (72)
 - 7.2.1.6.6 El proceso de elección de 2010 (82)
- 7.2.1.7 El balance de los procesos de elección de magistrados del Tribunal Constitucional en el Perú (87)
 - 7.2.1.7.1 La conformación de los miembros de la Comisión Especial encargada de elegir a los miembros del Tribunal Constitucional (87)
 - 7.2.1.7.2 La publicación de los requisitos (88)
 - 7.2.1.7.3 La convocatoria pública y la solicitud de información (90)
 - 7.2.1.7.4 La metodología de selección en la Comisión Especial encargada de seleccionar a los candidatos aptos (92)
 - 7.2.1.7.5 La elección determinada por el Pleno del Congreso de la República (104)
- 7.2.2 Marco teórico propiamente dicho (111)
 - 7.2.2.1 La justicia constitucional y la democracia (111)
 - 7.2.2.2 La competencia suprema y no exclusiva del Tribunal Constitucional (119)
 - 7.2.2.3 La inadecuada regulación constitucional peruana sobre el Tribunal Constitucional (123)
 - 7.2.2.4 La regulación constitucional comparada sobre el Tribunal Constitucional (126)
 - 7.2.2.4.1 Los órganos encargados de la elección (126)
 - 7.2.2.4.2 El número de magistrados y la realidad social (131)
 - 7.2.2.4.3 El período del mandato (138)
 - 7.2.2.4.4 La exigencia de la trayectoria democrática (139)
- 7.2.3 Marco conceptual (145)
 - 7.2.3.1 La dinámica del Tribunal Constitucional y Constitución (145)
 - 7.2.3.2 La relación entre los modelos de control constitucional (148)
 - 7.2.3.3 La elección del modelo de control constitucional (149)
 - 7.2.3.4 La autonomía y legitimidad del Tribunal Constitucional (151)

7.2.3.5	La labor jurisdiccional del Tribunal Constitucional	(154)
7.2.3.6	El Tribunal Constitucional y el principio de separación de poderes	(156)
7.2.3.7	La imparcialidad y el debido proceso	(157)
7.3	Aportes a la legislación	(159)
7.3.1	La regulación constitucional y legislativa	(160)
7.3.2	El Reglamento Especial para la Elección de Magistrados del Tribunal Constitucional	(161)
7.3.3	La conformación de la Comisión Especializada del Congreso	(163)
7.3.4	Las iniciativas implementadas sobre el proceso de elección de magistrados	(165)
7.3.5	Las propuestas de modificación del procedimiento y el perfil de magistrado en otros sistemas jurídicos	(171)
7.4	Aportes a la jurisprudencia	(175)
7.4.1	El sistema de elección de magistrados y la idoneidad de la jurisprudencia constitucional	(175)
7.4.2	La legitimidad social de la jurisprudencia constitucional	(177)
7.4.3	La legitimidad institucional de la jurisprudencia constitucional	(181)
8.	CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	(193)
8.1	Conclusiones	(193)
8.2	Recomendaciones	(195)
9.	BIBLIOGRAFÍA	(196)

RESUMEN

A la par del amplio reconocimiento de la sociedad a la tarea del Tribunal Constitucional, somos testigos, no desde poco tiempo, de los constantes cuestionamientos a su labor, que repercuten en el ataque a su autonomía incluso por parte de poderes del Estado como el Congreso de la República o el Poder Judicial. Esta falta de correspondencia, hace notar la necesidad de realizar una revisión sobre la naturaleza del Tribunal Constitucional y las condiciones que se deben garantizar atendiendo a sus altas funciones, las que indudablemente deben iniciar por el análisis del vigente sistema de elección de sus magistrados.

Ciertamente, la elección de los magistrados no ha sido en la experiencia peruana un proceso armonioso con la trascendental labor que este órgano comporta para la institucionalidad de la supremacía constitucional. A ello, debe sumarse la situación actual de renovación de magistrados, que además de exceder todo período regular, viene siendo materia de un replanteamiento en cuanto al procedimiento. Sin embargo, aun cuando se han producido algunos cambios al procedimiento de la elección, persisten los problemas que no permiten una designación democrática y oportuna. No existen en la actualidad las condiciones necesarias para asegurar un Tribunal Constitucional conformado por magistrados dotados de plena independencia y autonomía acorde con sus prioritarias funciones.

En tal sentido, la presente investigación desarrolla los principales aspectos teóricos que determinan que el modelo de control constitucional peruano tiene como órgano central al Tribunal Constitucional, cuyos integrantes determinarán la eficacia de los principios elementales del Estado Constitucional de Derecho: la supremacía de la Constitución y la tutela de los derechos fundamentales. De esto, se reconoce que para garantizar dicha posición prioritaria debe partirse por asegurar un adecuado sistema de elección, cuyo estudio comprende diversos aspectos: procedimiento legislativo, órgano encargado de la elección, número de miembros, período del mandato y requisitos vinculados con la especialización y la trayectoria democrática.

Con base en la experiencia práctica, se analiza y se concluye que el actual sistema de elección de magistrados constitucionales en el Perú no es coherente con el desarrollo de un proceso imparcial y objetivo, situación que es lesiva del principio – derecho del debido proceso que debe ser garantizado en todos los niveles, tal como la propia jurisprudencia constitucional lo ha establecido. En efecto, de acuerdo con los antecedentes nacionales en materia de elección de miembros del Tribunal Constitucional, la Comisión Especializada del Congreso no tiene parámetros normativos definidos para desarrollar sus funciones, habiendo ejecutado hasta la fecha un trabajo informal, poco transparente y ampliamente subjetivo, desplazando a la evaluación curricular y la trayectoria personal a un plano no decisivo, generando además, maltratos y acciones contrarias a la buena fe de los candidatos,

que en muchos casos son juristas de reconocido prestigio. Asimismo, el actual procedimiento de designación desarrollado en el Pleno del Congreso de la República es la expresión categórica de un sistema de privilegio de intereses partidarios, contrarios a las misiones constitucionales del alto tribunal.

La investigación determina que el desorden y la falta de predictibilidad en la elección contribuyen a la persistencia de los conflictos entre el Tribunal Constitucional y diversos órganos públicos, afectando no solo su legitimidad sino, peor aún, la ineficacia de sus decisiones jurisdiccionales; situación que resulta ampliamente grave.

En esa línea de ideas, presentamos una detallada revisión de los procesos de elección de magistrados del Tribunal Constitucional regulados en otros sistemas jurídicos y el ambiente en el que se desarrollan, lo que permitirá entender las deficiencias de nuestro sistema de designación y las propuestas adecuadas de reforma.

Finalmente, el trabajo pretende ser un aporte desde las líneas de investigación histórica y comparativa, a una discusión vigente y de vital importancia para el Estado de Derecho Constitucional: la correspondencia entre la jurisdicción constitucional y el principio del debido del proceso. Luego de estudiar y analizar las bases teóricas de la naturaleza del Tribunal Constitucional, la regulación y los antecedentes de los procesos de elección de magistrados constitucionales en nuestro país, así como revisar los modelos correspondientes del Derecho Comparado; se pudo concluir en una estimación real de la hipótesis planteada, cual es que el actual modelo de elección de magistrados del Tribunal Constitucional peruano no es adecuado para garantizar un proceso imparcial.

ABSTRACT

To couple of the widespread recognition of the society the task of the Constitutional Court, we are witnesses, not since shortly after, the constant questions to his work, which have an impact in attacking their autonomy even by powers of the State as the Congress or the judiciary. This lack of correspondence, noted the need for a review on the nature of the Constitutional Court and the conditions that must be guaranteed according to its high functions, which should certainly start by the analysis of the current system of election of its judges.

Certainly, the election of the judges has not been in the Peruvian experience a harmonious process with the momentous work of this body behaves for the institutionalization of constitutional supremacy. The current situation of renewal of magistrates, which also exceeded all regular period, has been subject of a re-think in terms of the procedure must be added thereto. However, to a when there have been some changes to the procedure of the election, problems that do not allow a democratic and timely designation persist. There are currently no conditions necessary to ensure a constitutional court composed of judges with full independence and autonomy in accordance with its priority functions.

In this sense, this research develops the main theoretical aspects that determine the Peruvian constitutional control model has as a central body to the Constitutional Court, whose members will determine the effectiveness of the elementary principles of the constitutional state of law: the supremacy of the Constitution and the protection of fundamental rights. This, it is recognized that to ensure such priority position should start by ensuring an adequate system of choice, whose study covers various aspects: legislative procedure, the Agency in charge of the election, number of members, period of the mandate and requirements associated with the specialization and the democratic path.

Based on practical experience, discussed and it is concluded that the current system of election of the constitutional judges in the Peru is not coherent with the development of a fair and objective process, situation which is harmful from the beginning - right of due process that must be guaranteed at all levels, such as own constitutional jurisprudence has established it. Indeed, in accordance with the national record of election of members of the Constitutional Court, the specialized Commission of Congress has normative parameters defined to develop their functions, having executed to date informal, non-transparent and widely subjective work displacing the curriculum evaluation and personal path to a plane not decisive, in addition, generating violence and actions contrary to the good faith of the candidates which in many cases are jurists of recognized prestige. Also, the current designation procedure developed in the plenary of the Congress of the Republic is the expression of the categorical system of privilege of interest supporters, contrary to the constitutional mission of the High Court.

The investigation determines that the disorder and lack of predictability in the election contribute to the persistence of the conflict between the Constitutional Court and various public bodies, affecting not only its legitimacy but, worse still, the ineffectiveness of its jurisdictional decisions; situation that is widely serious.

In that line of ideas, we present a detailed review of the process of election of judges of the Constitutional Court regulated in other legal systems and the environment in which develop, allowing you to understand the shortcomings of our system of designation and the appropriate reform proposals.

Finally, the work is intended to be a contribution from research historical and comparative, to a current discussion and of vital importance to the rule of constitutional law: the correspondence between the constitutional jurisdiction and the principle of the due process. After studying and analyzing the theoretical basis of the nature of the Constitutional Court, the regulation and the background of the process of election of the constitutional judges in our country, as well as review the various models of comparative law; could be conclude in a real estimation of the hypothesis, which is that the current model of election of judges of the Peruvian Constitutional Court is not suitable to guarantee a impartial process.

1. TEMA

El sistema de elección de magistrados del Tribunal Constitucional y la garantía de un proceso imparcial

2. INTRODUCCIÓN

Atendiendo a las altas funciones en el ámbito jurisdiccional que desarrolla el Tribunal Constitucional y a la repercusión que tienen gran parte de sus sentencias, vinculantes no solo para los órganos del Estado sino también para la sociedad en su conjunto, es necesario realizar un estudio sobre el sistema de elección de sus miembros. De la garantía de un procedimiento imparcial en la designación de los magistrados, dependerá no solo la adecuada ejecución de su labor, sino también la dotación necesaria de legitimidad que le permita desempeñarse como su naturaleza lo ordena, cual es ser el máximo intérprete de la Constitución.

La evaluación y designación de los magistrados del Tribunal Constitucional es un aspecto de importante relieve para la continuación y fortalecimiento del Estado de Derecho en nuestro país, lo que se debe reflejar en un sólido sistema democrático. Ello, considerando la cada vez más influyente presencia de este órgano constitucional en temas medulares para la sociedad como los derechos laborales, el sistema electoral, asuntos relacionados con el medio ambiente y la inversión pública, aspectos tributarios, límites a los procesos de arbitraje, solución a los conflictos de competencia entre los órganos estatales, entre otros.

Sin embargo, a la par del amplio reconocimiento a la tarea del Tribunal Constitucional, somos testigos, no desde poco tiempo, de los constantes cuestionamientos a su labor, que repercuten en el ataque a su autonomía por parte no solo de poderes del Estado como el Congreso de la República o el Poder Judicial, sino también de órganos constitucionalmente autónomos como el Jurado Nacional de Elecciones.

Esta falta de correspondencia, hace notar la necesidad de realizar una revisión sobre la naturaleza del Tribunal Constitucional y las condiciones que se deben garantizar atendiendo a sus altas funciones, las que indudablemente pasan por el análisis del vigente sistema de elección de sus magistrados. Evidentemente, debemos precisar que el sistema de elección es parte de un proceso integral que debe tener correlato en dotar a este órgano de plena seguridad jurídica en la ejecución de su delicada labor: ser el guardián de la Constitución.

Ciertamente, la elección de los magistrados del Tribunal Constitucional no ha sido en la experiencia peruana un proceso lo suficientemente armonioso con la trascendental labor que este órgano comporta para la institucionalidad de la supremacía constitucional en el Perú. Así, pudimos ser testigos del prolongado procedimiento de designación (por demás fuera de todo término contemplado en la ley) de los magistrados César Landa, Juan Vergara y Carlos Mesía¹ y del seriamente cuestionado proceso de elección del 2007 que terminó con la anulación del mismo². A ello, debe sumarse la situación actual de renovación de magistrados, que además de exceder todo período regular, viene siendo materia de un replanteamiento en cuanto al procedimiento, al punto que se ha institucionalizado la alternativa de una designación por invitación³.

Aún cuando se han producido algunos cambios al procedimiento de la elección, persisten los problemas que no permiten una designación

¹ Recuérdese que en el caso del magistrado Carlos Mesía Ramírez se produjeron hasta cuatro prórrogas en el Congreso de la República para su elección final, caso similar a la designación del Defensor del Pueblo.

² La elección del 2007 estuvo plagada de polémicas y discusiones dentro y fuera del hemiciclo del Congreso de la República, pues se realizó sin el debido debate previo sobre la trayectoria y calificaciones de los postulantes, lo que aunado al escándalo del electo Javier Ríos Castillo por almorzar con personajes vinculados con la corrupción, terminó por deslegitimar el proceso mismo.

³ Los congresistas de diversas tiendas, en su oportunidad, políticas se pronunciaron por la urgencia de cambiar las reglas de juego para elegir por invitación al nuevo defensor del Pueblo y a los magistrados del Tribunal Constitucional (lo que finalmente ya se cristalizó mediante ley). Incluso, el legislador Fernando Andrade señaló que debe reconsiderarse el proyecto de ley presentado por Gana Perú, que permite la elección de esas autoridades por un acuerdo político, sin mediar concursos. En: Diario oficial El Peruano, sección Política, 18 de febrero de 2012, p. 6.

democrática y oportuna. No existen en la actualidad las condiciones necesarias para asegurar un Tribunal Constitucional conformado por magistrados dotados de plena independencia y autonomía acorde con sus prioritarias funciones.

En efecto, de acuerdo con nuestra Constitución vigente, el Tribunal Constitucional se compone de siete miembros elegidos exclusivamente por el Congreso por cinco años, no existiendo reelección inmediata. Asimismo, sus magistrados son elegidos por el Poder Legislativo con el voto favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros, previo procedimiento de determinación de candidatos que elabora una Comisión Evaluadora, para cuyos miembros no se exige requisito alguno que no sea ser congresista.

De acuerdo con la investigación llevada a cabo se podrá apreciar que dicha Comisión Especial, pese a tener un encargo altamente apreciable, en la práctica no ha seguido un protocolo normativo definitivo ni se ha orientado, en todos los casos, por el criterio de la meritocracia, persistiendo de forma permanente un procedimiento manifiestamente improvisado que no garantiza en modo alguno una elección objetiva. Sumado a esto, no podrá dejar de observarse la participación posterior y decisiva de los representantes del Pleno del Congreso de la República, que lejos de constituir una garantía de imparcialidad en la designación de los magistrados constitucionales, son la más clara muestra de una componenda política directamente contraria a una perspectiva de evaluación técnica. Naturalmente estos aspectos, entre otros, nos permitirán concluir en una estimación real de la hipótesis planteada, cual es que el actual modelo de elección de magistrados del Tribunal Constitucional no es adecuado para garantizar un proceso imparcial.

Dichos alcances, como se desarrollará en la investigación, son los que exigen una evaluación integral del sistema de elección de los miembros del Tribunal Constitucional a la luz de los antecedentes en nuestro país,

del Derecho Comparado y de los nuevos retos del Estado Constitucional de Derecho.

3. OBJETIVOS / JUSTIFICACIÓN

3.1 Objetivos

3.1.1 Objetivo general

Determinar las causas de la falta de correspondencia entre el actual modelo de elección de magistrados del Tribunal Constitucional y la garantía de un proceso imparcial.

3.1.2 Objetivos específicos

- **Explicar y analizar** la relación entre las funciones constitucionales del Tribunal Constitucional y la regulación sobre el sistema de elección de sus magistrados.
- **Explicar y analizar** el actual sistema de designación de los miembros de la Comisión Especializada del Congreso encargada de elegir a los candidatos a magistrados del Tribunal Constitucional.
- **Analizar** los antecedentes en el Perú de los procesos de elección de magistrados del Tribunal Constitucional.
- **Estudiar y analizar**, desde el Derecho Comparado, la designación de candidatos a magistrados del Tribunal Constitucional.

3.2 Justificación

El Estado Constitucional de Derecho se funda en dos principios consustanciales: el de supremacía jurídica de la Constitución y el principio político democrático. El primero busca garantizar la

primacía y eficacia jurídica de la Constitución, en tanto que el segundo se manifiesta en el sistema de democracia representativa que consagra el artículo 45 de la norma constitucional⁴. Estos dos principios constituyen, además, los fundamentos sobre los cuales reposa el órgano de control de la Constitución: el Tribunal Constitucional (artículo 201 de la Constitución). En este orden, la existencia y justificación del Tribunal Constitucional está vinculada con la garantía del respeto del principio de supremacía constitucional y de soberanía popular o democrática.

La importancia del mencionado órgano constitucional se refleja, entre otras cosas, en su competencia para emitir decisiones con carácter vinculante. Si bien la Constitución no ha establecido como una función expresa del tribunal el poder determinar la existencia de un precedente vinculante, un considerable sector de la doctrina y la legislación comparada (como el caso de España por ejemplo) han concluido que, en general, algunas de las resoluciones emanadas de un tribunal constitucional constituyen precedente de obligatorio cumplimiento. Así, se acepta que el artículo 201 de la Constitución es desarrollado por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, cuyo artículo 1 precisa: *“El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad”*, regulación que la doctrina reconoce como *“intérprete supremo de la Constitución”*.

Por dicha razón, de orden constitucional, se le ha otorgado al Tribunal Constitucional la autoridad para decidir qué norma es contraria a la Constitución y cuál no, a través de la acción de inconstitucionalidad o la facultad de declarar en última instancia la inaplicación de una norma en un caso específico (mediante los denominados procesos de la libertad). Nuestra Carta Política, al

⁴ **“Artículo 45.-** El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen. Ninguna persona, organización, Fuerza Armada, Policía Nacional o sector de la población puede arrogarse el ejercicio de ese poder. Hacerlo constituye rebelión o sedición.”

igual que otras que siguen el sistema de control especializado de la constitucionalidad, *“tiene entre sus notas características la voluntad de eficacia como norma jurídica fundamental. En consecuencia, y como instrumento básico para afirmar esa eficacia, acogió en su seno un Tribunal Constitucional (..) que nace así como una de las piezas claves del sistema de organización y distribución del poder, siendo su función primordial la de actuar como interprete supremo de la Constitución”*⁵.

No obstante la importancia que el Tribunal Constitucional ha merecido en la doctrina y, en general, en la sociedad (a propósito de sus sentencias con incidencia en diversos asuntos de alcance general), es también un hecho que ha sido materia de no pocos cuestionamientos a su labor, llegando incluso a plantearse formalmente su desaparición definitiva del sistema jurídico nacional⁶. Han ocurrido pronunciamientos institucionales de órganos como el Poder Judicial o el Jurado Nacional de Elecciones en el sentido de desconocer las competencias o las propias sentencias del Tribunal Constitucional; situación que resulta ciertamente preocupante de cara a la trascendencia que esta entidad tiene en el ámbito de la garantía del Estado Constitucional de Derecho. No pretendemos afirmar que si no hay Tribunal Constitucional no es posible que exista Estado de Derecho (en muchos países democráticos no existe este órgano y, sin embargo, el principio de supremacía constitucional tiene eficacia), sino que allí donde existe, debe tener la legalidad y legitimidad suficientes como para actuar con la libertad que exigen

⁵ López Guerra, Espin, García Morillo, Pérez Tremps, Satrustegui, Tirant lo Blanch, Derecho Constitucional, Vol. II, Valencia, 1994, p. 255.

⁶ En junio de 2007 el congresista Álvaro Gutiérrez (del partido Unión por el Perú) presentó un proyecto de ley que propone eliminar al Tribunal Constitucional como instancia constitucional (modificación de los artículos 201, 202 y 204 de la Constitución). Incluso, en diversos medios de comunicación argumentó que *“no es útil para todos los peruanos”* (diario *Perú.21*, 26/06/07) y que trae *“poco beneficio al país, ya que este es para poca gente, no para todo el pueblo peruano”* (*El Comercio*, 26/06/07). Esta iniciativa es más categórica que la que correspondió en su momento al Proyecto de Ley 14321/2005-CR que propuso reformar la naturaleza y funciones del Tribunal Constitucional: eliminando su competencia como supremo intérprete de la Constitución, como su facultad para poder emitir sentencias atípicas de inconstitucionalidad de las normas legales. Ambos proyectos se encuentran archivados.

sus altas funciones⁷. Es en tal sentido que estos conflictos lo único que generan es su debilitamiento institucional que recae finalmente en una desprotección parcial de los principios que resguarda por mandato constitucional.

La problemática descrita nos convoca a encontrar las razones de la, a veces presente, falta de legitimidad de nuestro Tribunal Constitucional. Para ello es preciso recurrir a las propias bases de su funcionamiento que, sin duda, empiezan por el sistema de elección de sus magistrados. En efecto, de acuerdo con el modelo nacional, la selección de candidatos de magistrados del Tribunal Constitucional recae únicamente en la Comisión Especial Evaluadora del Congreso de la República y en la posterior decisión que realizará el Pleno del mismo órgano, existiendo una normativa altamente permisible que en la práctica ha permitido una secuela de procedimientos de selección nada uniformes ni previsibles. Este tipo de elección ha tenido como resultado, de conformidad con la totalidad de procedimientos en los que se ha llevado a cabo, la ausencia de una sola elección oportuna, siendo que en todos los casos el procedimiento fue prolongado, produciéndose incluso nulidades de elección y fundados cuestionamientos a algunos de sus miembros debido a su filiación política.

A la luz de la realidad reseñada, es necesario realizar una revisión de los factores que han determinado los procesos de selección inadecuados. Para ello, se debe atender a que el sistema de elección de magistrados del Tribunal Constitucional prevé dos modelos que se utilizan en los países que cuentan con este órgano

⁷ Dicha limitación de libertad incluso ha sido advertida en casos donde el propio Tribunal Constitucional ha modificado sus precedentes en períodos relativamente cortos y en medio de un contexto de conflicto con otros órganos estatales. Así por ejemplo, el 5 de mayo de 2009 se publicó en la página web del Tribunal Constitucional la sentencia 3908-2007-PA (caso Provías Nacional), donde cinco magistrados decidieron dejar sin efecto el precedente vinculante establecido en el fundamento 40 de la sentencia 4853-2004-PA (caso Dirección Regional de Pesquería), que permitía al Tribunal Constitucional asumir competencia sobre aquellos casos en que el Poder Judicial desconociera sus precedentes vinculantes.

constitucionalmente autónomo. Por un lado, una elección multisectorial y, por el otro, una designación exclusiva por parte del Poder Legislativo.

En el Perú solo se realiza una elección cuyo monopolio lo ejerce el Poder Legislativo. Si bien el Tribunal Constitucional fue incorporado a nuestro sistema jurídico con la Constitución de 1979, que si previó una selección con participación multisectorial, debe recordarse que efectivamente podemos considerar el inicio de nuestro colegiado constitucional a partir del año 1996, es decir, bajo la vigencia de la Constitución de 1993, que cambió el modelo a una elección con intervención exclusiva del Parlamento. Independientemente de los cuestionamientos a este modelo, debe entenderse que es necesario realizar una revisión integral de su conveniencia a partir de los antecedentes y del derecho comparado.

En ese sentido, la presente investigación pretende realizar un estudio integral del actual sistema de elección de magistrados del Tribunal Constitucional con especial énfasis en los órganos encargados de la elección. Ello con la finalidad de evaluar el actual sistema desde la perspectiva del debido proceso, del principio democrático y de las altas funciones del Tribunal Constitucional como máximo garante de la Constitución. Solo a partir de allí, se pueden plantear mecanismos de reforma adecuados que conformen una ventaja sustancial con relación al existente patrón.

4. CARACTERÍSTICAS

4.1 Histórica

Se describirán y estudiarán los antecedentes en el Perú de la integridad de procesos de elección de magistrados del Tribunal Constitucional. No solo se desarrollará los aspectos propios del

procedimiento de designación, sino también el contexto histórico en el que se llevaron a cabo.

Se realizará un estudio crítico de los hechos con fundamento en los estudios doctrinarios sobre la naturaleza y funciones del órgano encargado del control de la Constitución.

4.2 Comparativa

Con base en el Derecho Comparado, se estudiará, precisando diferencias y semejanzas, la diversa regulación constitucional y conexa sobre el proceso de elección de magistrados de los tribunales constitucionales o similares que se reconocen en otros ordenamientos jurídicos distintos al peruano.

Desde la experiencia comparada y los contextos en el que se desarrollan, se realizará una evaluación sobre la conveniencia del actual sistema de elección que rige en nuestro país.

5. LINEAMIENTOS DE LA INVESTIGACIÓN. LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN (TEMÁTICAS)

5.1 Lineamientos de la investigación

Las líneas temáticas de investigación son las siguientes:

- Análisis histórico y doctrinario de la naturaleza y funciones de los magistrados del Tribunal Constitucional.
- Análisis del aspecto jurídico positivo comparado sobre el modelo de elección de magistrados del Tribunal Constitucional.
- Análisis del derecho positivo nacional sobre el modelo de elección de magistrados del Tribunal Constitucional.

- Análisis histórico, legislación nacional, doctrina nacional y jurisprudencia nacional sobre el principio de imparcialidad como elemento del debido proceso.
- Análisis histórico internacional, legislación comparada y doctrina extranjera sobre los principios de imparcialidad y democracia.

5.2 Líneas de investigación (temáticas)

Corresponde a las líneas de investigación que tengan en consideración la perspectiva multidisciplinaria que asumimos metodológicamente.

- **Línea de investigación jurídica positiva:** Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional, Derecho Comparado y Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
- **Línea de investigación jurídica jurisprudencial:** Correspondiente al Tribunal Constitucional peruano.
- **Línea de investigación jurídica doctrinal:** Comprende las acciones de describir y analizar el pensamiento de los juristas de mayor renombre en el Derecho.
- **Línea de investigación histórica:** Describe y analiza el modelo de elección de magistrados del Tribunal Constitucional desde la perspectiva histórica.

6. FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS

El actual modelo de elección de magistrados del Tribunal Constitucional no es adecuado para garantizar un proceso imparcial.

7. APORTES DE LA INVESTIGACIÓN A LA DOCTRINA, A LA TEORÍA, A LA LEGISLACIÓN Y A LA JURISPRUDENCIA

7.1 Aportes a la doctrina

En el ámbito del derecho, la doctrina constituye una de sus fuentes más significativas, en el entendido que se encuentra conformada por los estudios que han realizado los juristas y que, si bien no crean derecho de manera directa, tienen influencia en el desarrollo del ordenamiento jurídico.

Bajo tal entendido, el presente trabajo se orienta a constituir un aporte en el campo doctrinario sobre la naturaleza, funciones y sistema de elección del Tribunal Constitucional. Se presentará y analizará los estudios sobre la materia realizados por connotados juristas nacionales y extranjeros, para luego realizar un trabajo sistemático y comparativo que concluya en una idea de consenso que pueda tener fundamento suficiente para influir en la regulación nacional respecto del sistema de elección de magistrados del Tribunal Constitucional.

7.1.1 La Constitución y el Tribunal Constitucional

De acuerdo con nuestro sistema jurídico el Tribunal Constitucional es el organismo creado por la Constitución, autónomo e independiente, compuesto por siete miembros elegidos por cinco años. Su función consiste en velar por el respeto a la Constitución, el control de los poderes y la vigencia de los derechos fundamentales, lo que hace eficaz cuando resuelve los procesos de defensa de los derechos constitucionales (como última instancia) y los procesos de control de la vigencia de la Constitución (como única instancia).

Sin embargo, una definición legal como la expresada, solo constituye el punto de partida para una explicación largamente mayor que permita definir la naturaleza, contenido, alcances y sobre todo los fines que persigue el establecimiento y funcionamiento de un órgano constitucional en el más alto nivel.

Así las cosas, debe entenderse que en la medida que el Tribunal Constitucional tiene presencia en virtud de actuar como garante supremo de la Constitución, es menester recordar lo establecido en la doctrina que sigue Zagrebelsky, quien afirma que la Constitución es aquello sobre lo que no se vota, o mejor, en referencia a las constituciones democráticas, es aquello sobre lo que ya no se vota, porque ha sido votado de una vez por todas, en su origen⁸. Por ello, se acepta que la principal función de la Constitución es fijar los presupuestos de la convivencia, es decir, los principios sustanciales de la vida común y las reglas del ejercicio del poder público aceptados por todos, situados por ello fuera, incluso por encima, de la batalla política, principios y reglas sobre los cuales no se vota.

Bajo el supuesto indicado es que debe recordarse que el Tribunal Constitucional nace en la Constitución, de allí su condición de órgano constitucionalmente autónomo. Es la Constitución quien define directamente su autonomía en el ejercicio de sus funciones, de allí que no sea jurídicamente válido que sus competencias puedan ser modificadas por la vía legislativa, tal como se reconoce en los estudios realizados por García Pelayo: *“la configuración directa por las normas constitucionales es una consecuencia lógica institucional de la importancia decisiva que la Constitución concede a ciertos órganos; por un lado, porque en ellos se condensan los poderes últimos de decisión del Estado, y, por otro lado, porque son la expresión orgánica no solo de la división de las tareas en distintas*

⁸ Zagrebelsky, Gustavo, Principios y votos: El Tribunal Constitucional y la política, Trotta, Madrid, 2005, p. 27.

unidades del sistema estatal, sino también, y ante todo, de la idea del Estado proyectada por la Constitución”⁹.

En ese sentido, no existe duda que por su autonomía otorgada por la Constitución, el Tribunal Constitucional posee un *status* primordial en la defensa del Estado de Derecho y en los principios que este comprende. Es por esta característica y por el contenido de su labor, que la garantía de su correcto funcionamiento no puede ser menospreciado, ni mucho menos depender de intereses partidarios, porque ello comportaría su desnaturalización por causa de haber perdido objetividad en el control de los poderes públicos. Asimismo, es pertinente traer a colación, que en la normativa de desarrollo constitucional se impone su autonomía, en tanto el artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, este se encuentra sometido solamente a la Constitución y a su Ley Orgánica, y no se encuentra sometido a ningún otro órgano constitucional, esto significa que los primeros límites al colegiado constitucional se hayan en la normativa citada.

Bajo esta perspectiva, el presente trabajo plantea la necesidad de revisar el elemento de partida de la existencia del Tribunal Constitucional, cual es el modelo de elección de sus miembros, como asunto de trascendente atención para garantizar el cumplimiento de los fines para los cuales fue creado. Únicamente comprendiendo la naturaleza y fines del Tribunal Constitucional, se puede llegar a asumir que el sistema de elección de magistrados no es asunto menor sino todo lo contrario.

⁹ García Pelayo, Manuel, El status del Tribunal Constitucional, en: Revista Española de Derecho Constitucional Nº 1, Madrid, 1981, p. 13.

7.1.2 Los elementos esenciales en la composición del Tribunal Constitucional

Por tales motivos, es que suscribimos que, dada la posición del Tribunal Constitucional en la defensa del orden constitucional, es necesario identificar en su composición algunos elementos de impostergable atención. Entre ellos, tal como refiere la doctrina actualizada¹⁰, se pueden mencionar la independencia, la capacidad, la inamovilidad, la incompatibilidad, la irrecusabilidad y la definitividad.

En esta línea argumentativa, la independencia será aquella que se instituye respecto de los demás órganos del Estado, debiéndose entender como la más absoluta de la reserva de los poderes del Estado frente al desempeño de los integrantes del Tribunal Constitucional; esto permitirá ejercer a plenitud todas y cada una de sus atribuciones sin consultar a nadie ni órgano alguno sobre la intensidad y sentido de sus determinaciones. Recuérdese que la independencia en la labor jurisdiccional es concebida *“como la ausencia de vínculos de sujeción o de imposición de directivas políticas por parte del Ejecutivo o el Legislativo, así como la imposibilidad de intromisión de los órganos intrainstitucionales superiormente jerárquicos tendientes a orientar o corregir la actuación jurisdiccional del juez competente de una causa, en tanto no se haya agotado la instancia o se haya presentado un recurso impugnativo”*¹¹.

Es oportuno mencionar que el principio de independencia ha sido materia de pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia con relación a las labores del órgano

¹⁰ Uribe Arzate, El Tribunal Constitucional, Universidad Autónoma del Estado de México, Miguel Ángel Porrúa, México D.F., 2008, pp. 248 - 252.

¹¹ Cano Ballesta, Juan, Derecho Constitucional, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1999, p. 441.

judicial¹². Se ha precisado que la independencia judicial debe ser percibida como la ausencia de vínculos de sujeción política (imposición de directivas por parte de los órganos políticos) o de procedencia jerárquica al interior de la organización judicial, en lo concerniente a la actuación judicial *per se*, salvo el caso de los recursos impugnativos, aunque sujetos a las reglas de competencia. En esta orientación, se asume que el principio de independencia judicial debe entenderse desde tres perspectivas:

- a) Como garantía del órgano que administra justicia (independencia orgánica), por sujeción al respeto al principio de separación de poderes.
- b) Como garantía operativa para la actuación del juez (independencia funcional), por conexión con los principios de reserva y exclusividad de la jurisdicción.
- c) Como capacidad subjetiva, con sujeción a la propia voluntad de ejercer y defender dicha independencia. Cabe precisar que en este ámbito radica uno de los mayores males de la justicia ordinaria nacional, en gran medida por la falta de convicción y energía para hacer cumplir la garantía de independencia que desde la primera Constitución republicana se consagra y reconoce.

Como es natural, en la medida que el Tribunal Constitucional ejerce labor jurisdiccional, los alcances mencionados y desarrollados por su propia doctrina jurisprudencial, le resultan plenamente aplicables, situación que, por supuesto, debe ser atendida al momento de configurar los elementos esenciales para determinar la composición del colegiado constitucional.

¹² Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 00023-2003-AI/TC, fundamento jurídico 31.

En otro extremo, el elemento capacidad es aquella particularidad que se refiere a poder afianzar su alta calidad técnico-jurídica en el conocimiento y resolución de los asuntos sometidos a su consideración; de aquí que se llame la atención a los órganos encargados del nombramiento de los miembros del Tribunal Constitucional a actuar con la más delicada prudencia, distinguiendo a los magistrados de los demás profesionales que formarán parte del aparato técnico de apoyo a las tareas de este colegiado, ubicando en prioridad valores en los candidatos como honestidad, experiencia, labor académica, entre otros, que garanticen la acogida de los juristas más capaces para encargarles una tarea de la mayor repercusión.

Por otro lado, la inamovilidad, que no tiene que ver con el fuero de que gozan otros funcionarios públicos (que en algunos casos se vuelve impunidad), apunta a establecer expresamente las causales de separación o suspensión o separación. La primera, que es temporal, debiera proceder para que puedan atender casos de demandas en su contra, mientras que la segunda atenderá casos de gravedad para la continuación en el ejercicio de la función, como los casos de delitos mayores, embates a las instituciones democráticas, traición a la patria y otros de similar trascendencia.

La incompatibilidad prioriza la idea de que la especialización en el ejercicio funcional de los miembros del Tribunal Constitucional, hace necesario que quien labore en él, se vea limitado de desempeñar otro empleo en cualquier otro órgano del aparato estatal. De esto, se acepta que a los magistrados solo se les debe permitir ejercer labores de naturaleza académica (ejercicio docente), siempre que no entorpezcan su labor regular en el colegiado. En este sentido, existirán, con mayor razón, algunas actividades naturalmente incompatibles como el ejercicio libre de la profesión, la militancia

política, los cargos de dirigencia en organizaciones políticas o asociaciones religiosas.

Por su lado, la irrecusabilidad, que es imprescindible para el normal desempeño de las funciones de los miembros del Tribunal Constitucional (conocimiento y resolución de las causas sometidas a su juicio), no es impedimento para que se permita excusarse a aquellos magistrados que adviertan algún impedimento para resolver cualquier asunto en el que intervengan, ello a fin de no entremezclar intereses particulares. Como es razonable, la excusa deberá ser aprobada por los demás miembros, y en el caso de no producirse la excusa pese a existir el impedimento expreso, se considera que debe ser motivo para que opere una separación definitiva.

Finalmente, la definitividad está vinculada con la calidad de las resoluciones que emite el Tribunal Constitucional, característica que se encuentra directamente relacionada con la independencia, pues como se sabe: donde no hay definitividad la autoridad carece de firmeza. Es necesario que las decisiones del colegiado constitucional tengan la condición de inapelables, por esto es que resulta razonable entender que los asuntos trasladados a su esfera formen parte de un catálogo en el que no tengan cabida cuestiones de interés secundario o que puedan ser legítimamente atendidas y resueltas por los tribunales pertenecientes a la jurisdicción ordinaria. Esta característica es ampliamente conducente a garantizar el propio Estado Constitucional de Derecho, pues solo considerando a la Constitución como norma directamente aplicable y prevalente sobre las demás, se habilita que su defensor supremo y exclusivo para tales efectos, cuente con la atribución de emitir resoluciones irrevisables, permitir lo contrario, sería desconocer la propia autoridad de la Constitución (que ha sido debidamente interpretada).

Sobre este punto, es pertinente recordar, tal como lo ha establecido el mismo Tribunal Constitucional¹³, que en el desarrollo de su trabajo se incluye una labor de autocontrol (lo que en el derecho anglosajón se conoce como el *self restraint*) que ejerce sobre sus precedentes. Al no tener superior que revise sus fallos por ser última o única instancia, debe de autocontrolarse a sí mismo a fin de ser coherente en la defensa de los derechos fundamentales y en el respeto a los principios esenciales de la Constitución. Entre los mecanismos de autocontrol se encuentran el principio de *stare decisis*, el *leading case* y el *overruling*. El primero corresponde a la doctrina jurisprudencial contenido en la decisión del más alto tribunal de un país que al resolver un caso concreto, establece un principio o doctrina jurídica vinculante para el propio tribunal supremo y para todos los órganos jurisprudenciales inferiores, tendrá esta condición siempre que no sea derogada o modificada por resolución debidamente motivada del propio tribunal supremo (la debida motivación constituirá el autocontrol). El segundo (*leading case*) corresponde al caso a partir del cual se fija el precedente vinculante, es decir, el caso que será el primer precedente en una materia y que orientará a los demás (el control se refleja en la consideración de los elementos que definen al caso base, los que determinarán el factor similitud con los casos posteriores). El tercero (*overruling*) corresponde a aquella oportunidad en que el tribunal decide de modo expreso dejar sin efecto un específico precedente vinculante, en razón de ser sustituido por uno nuevo; para estos fines (quiebre de un precedente vinculante) es obligatorio establecer las razones del cambio (el control se impone en la debida motivación).

¹³ Sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los expedientes 0024-2003-AI/TC y 3741-2004-AA/TC.

7.1.3 La labor de interpretación del Tribunal Constitucional

Un asunto de relevancia al momento de estructurar el sistema de elección de magistrados del Tribunal Constitucional, es apreciar que el poder jurisdiccional de aquellos es considerablemente mayor al de cualquier otro órgano que puede declarar el derecho. Ciertamente, es conocido que el colegiado constitucional ejecuta una labor de interpretación de la Constitución, la que además tendrá carácter vinculante. Este trabajo interpretativo no solo exige una capacidad especializada sino además del más alto cuidado, pues se trata de establecer los alcances de la norma constitucional que no están puntualizados de forma expresa. Bajo tal precisión, es imperioso contar con magistrados con conciencia de la trascendencia de la labor interpretativa, más todavía, con el compromiso de respetar los límites a esta actividad.

Es tal la importancia de la presencia y el resguardo de la labor del Tribunal Constitucional en un Estado que lo ha acogido en su regulación, que la doctrina en su generalidad acepta que su función reside en la concreción de la Constitución mediante su interpretación. De este modo, su tarea se desarrolla no solo en el campo del conocimiento del derecho, sino también en el de su creación, lo que se refleja en que en el centro de su jurisprudencia se encuentra la protección de los derechos fundamentales. Así las cosas, el Tribunal Constitucional determina las diferentes funciones de un derecho fundamental y le da siempre prevalencia a aquella interpretación que despliega en forma más fuerte la efectividad jurídica de la respectiva norma”¹⁴. Por tanto, no le falta razón a García de Enterría cuando refiere que: “(...) *una Constitución sin un Tribunal Constitucional que imponga su interpretación y la efectividad de la misma en los casos cuestionados es una Constitución herida de muerte, que liga su suerte a la del partido en*

¹⁴ Schwabe, Jürgen, Cincuenta Años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán, Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, 2003, p.19.

*el poder, que impone a esos casos, por simple prevalencia fáctica, la interpretación que en ese momento le conviene*¹⁵

Considerando el alto valor del trabajo interpretativo que realiza el Tribunal Constitucional se afirma que frente a la jurisdicción ordinaria, se caracteriza porque sus actos pueden tener efectos generales. Es decir, en los hechos su trabajo decisorio puede tener un nivel mayor de vinculatoriedad frente a la regla tradicional de los sistemas jurídicos romano-germánicos donde los jueces no disponen de tal posibilidad, lo que en palabras del código justiniano se resume en el *non exemplis sed legibus judicandum est*¹⁶. En efecto, y tal como lo ha determinado en su jurisprudencia, *“La interpretación que realiza el Tribunal Constitucional prevalece sobre cualquier otra; es decir, se impone a la interpretación que puedan realizar otros poderes del Estado, órganos constitucionales e incluso los particulares, si se parte de la premisa jurídica de la pluralidad de intérpretes de la Constitución”*. En este sentido, resulta claro, al menos desde la perspectiva constitucional, que la interpretación que realiza el Tribunal Constitucional tiene la condición de preeminencia sobre, por razón de su misma naturaleza: supremo intérprete de la Constitución¹⁷.

¹⁵ García Enterría, Eduardo, La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, 3era. edición, Civitas, Madrid, 1985, p. 186.

¹⁶ López Guerra, Luis, El Tribunal Constitucional y el principio *stare decisis*, Universidad de Extremadura, 1981, p. 1437.

¹⁷ Al respecto, debe recordarse lo desarrollado en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 0005-2007-PI/TC: *“Se señala que si bien es cierto todos interpretamos la Constitución (los ciudadanos cuando ejercitan sus derechos, el Poder Legislativo cuando legisla, la Administración y el Poder Jurisdiccional en los diferentes casos concretos que deben resolver, etc.). Sin embargo, tal norma suprema ha establecido que los intérpretes especializados de esta sean los jueces ordinarios (artículo 138º: en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera), y que en definitiva, como Supremo Intérprete de la Constitución se encuentre el Tribunal Constitucional (artículo 201º: el Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución, artículo 204º: la sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial y al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto, entre otros)”* (fundamentos jurídicos 24-28).

Lo anterior no quiere decir que este órgano constitucional no tenga límites identificables. En efecto, la labor interpretativa del Tribunal Constitucional ha sido ampliamente estudiada en su doctrina jurisprudencial, precisándose su accionar en los límites constitucionales y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Así, por un lado se define que *“la Constitución es la norma jurídica suprema del Estado, tanto desde un punto de vista objetivo-estructural (artículo 51º), como desde el subjetivo-institucional (artículos 38º y 45º). Consecuentemente, es interpretable, pero no de cualquier modo, sino asegurando su proyección y concretización, de manera tal que los derechos fundamentales por ella reconocidos sean verdaderas manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana (artículo 1º de la Constitución)”*¹⁸, y por otro lado, se afirma que *“los derechos y libertades reconocidos en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el Estado peruano. Tal interpretación conforme con los tratados sobre derechos humanos contiene, implícitamente, una adhesión a la interpretación que, de los mismos, hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”*¹⁹.

Además de lo anterior, se ha comprendido que los métodos de interpretación constitucional no se agotan en aquellos criterios clásicos de interpretación normativa (literal, teleológico, sistemático e histórico), sino que abarcan, entre otros elementos, una serie de principios que informan la labor hermenéutica del juez constitucional. Tales principios son: *“a) El principio de unidad de la Constitución: (...) la interpretación de la Constitución debe estar orientada a*

¹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 0030-2005-AI/TC, fundamento jurídico 40.

¹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 00218-2002-HC/TC, fundamento jurídico 2.

considerarla como un “todo” armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto; b) El principio de concordancia práctica: En virtud del cual toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta “optimizando” su interpretación, es decir, sin “sacrificar” ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada “Constitución orgánica” se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1º de la Constitución); c) El principio de corrección funcional: Este principio exige al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado Constitucional, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado; d) El principio de función integradora: El “producto” de la interpretación sólo podrá ser considerado como válido en la medida que contribuya a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de éstos con la sociedad; e) El principio de fuerza normativa de la Constitución: La interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante in toto y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto”²⁰.

Lo descrito refleja que la labor de interpretación reconocida al Tribunal Constitucional no se encuentra en teoría librada a su libre

²⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 5854-2005-PA/TC, fundamento jurídico 12.

arbitrio, sino que existe un conjunto de mecanismos que restringen su trabajo interpretativo a lo impuesto por la Constitución, el Derecho Internacional y los principios constitucionales que, además han sido reconocidos en su propia jurisprudencia. Estos límites son garantía de la eficacia de una autonomía razonable, pero sobre todo constitucional. La afirmación y el respeto a estos límites es, sin duda, un factor determinante en el reparo a un posible exceso en el cumplimiento de las atribuciones jurisdiccionales de los miembros electos del colegiado constitucional.

7.1.4 La eficacia de las sentencias del Tribunal Constitucional y el sistema de administración de justicia

La posibilidad de emitir decisiones con carácter de obligatoriedad, le viene dada al colegiado, además, por virtud de la ley expresa vigente²¹ reconociendo entonces que el precedente constitucional vinculante es la regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general, lo que devendrá en un parámetro normativo para la resolución de futuros procesos similares²². Recuérdese, asimismo, que el propio Tribunal Constitucional ha establecido que si se desconoce un precedente vinculante procede el recurso de agravio constitucional y que si se desconoce la doctrina constitucional puede interponerse una demanda de amparo contra amparo²³.

A lo largo de su existencia como Tribunal Constitucional, y a partir de la aplicación del Código Procesal Constitucional (que incorporó a nivel legislativo el precedente constitucional), este órgano ha emitido un conjunto de decisiones vinculantes que a la fecha resultan de

²¹ “Artículo VII del Código Procesal Constitucional.- Precedente

Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente”.

²² Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 0024-2003-AI/TC.

²³ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 4853-2004-PA/TC.

amplio conocimiento, siendo utilizadas no solo en controversias de orden constitucional, sino en diferentes campos del derecho donde se ejerce jurisdicción. Ello obedece a que lo impuesto como regla en las sentencias guarda relación con diferentes materias a las que el derecho busca dar solución desde sus diversas especialidades.

Entonces, atendiendo a la importancia de sus funciones y también a la prevalencia que en algunos casos tienen sus resoluciones, es razonable prever que sus relaciones con los demás órganos (quienes en varias ocasiones han visto corregidas sus providencias por el colegiado constitucional) no son permanentemente las más cordiales. De allí que la doctrina reconozca una casi natural tensión con el legislador al punto que es consenso señalar que las relaciones entre las normas constitucionales y el legislador están en una tensión dialéctica²⁴, lo que implica a su vez que también lo esté con la jurisdicción que tiene por función la interpretación de aquellas. No será una oposición entendida como oposición (escenario en el que se sitúa la sentencia de inconstitucionalidad de la ley) sino como un estado de cosas sometido a dos fuerzas, ambas fuentes del derecho, que se atraen²⁵. Por esta razón la labor de interpretación del Tribunal Constitucional debe estar garantizada en todos los ámbitos donde tenga incidencia, pues el conflicto natural que pueden generar sus decisiones (dejar sin efecto decisiones de todos los poderes y organismos públicos) deberían quedar en todo caso en un razonable debate jurídico sobre su contenido, mas no así en una controversia sobre su vigencia y aplicación, condiciones que en ningún caso deben ser cuestionadas desde cualquier sector de la sociedad, menos desde los operadores del aparato estatal.

²⁴ VVAA, *Las Tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Eliseo Aja (editor), Ariel, Barcelona, 1998, p. 171 y ss.

²⁵ García Roca, Javier, *La Experiencia de 25 Años de Jurisdicción Constitucional*, en: *La Reforma Del Tribunal Constitucional*, Actas del V Congreso de La Asociación de Constitucionalistas de España, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 43.

Cuestionar la aplicación de las sentencias del Tribunal Constitucional no solo desmerece el fortalecimiento de la institucionalidad de este órgano, sino sobre todo desconoce la propia autoridad de la Constitución, ya que como se ha manifestado, es esta última la que ha establecido la existencia y las atribuciones del colegiado, lo que configura su autonomía constitucional en el ejercicio la defensa de la norma más importante del ordenamiento jurídico. No debe perderse de vista que la aplicación estricta de lo resuelto por el Tribunal Constitucional es expresión del principio de seguridad jurídica en tanto *“principio consustancial del Estado Constitucional de Derecho, (que) se constituye, a la vez, en una norma de actuación de los poderes públicos, que les obliga a hacer predecibles sus decisiones y a actuar dentro de los márgenes de la razonabilidad y proporcionalidad”*²⁶. En este sentido, relativizar la ejecución de las decisiones del Tribunal Constitucional (como efectivamente ha sucedido en varias ocasiones en el Perú) configura una directa violación al principio de predictibilidad de las resoluciones jurisdiccionales; en los hechos, constituye emitir un mensaje gravemente negativo a la ciudadanía (sobre todo para aquella directamente afectada) de no tener la seguridad de que un fallo emitido por el órgano supremo de interpretación de la Constitución no tiene necesariamente eficacia. Si esto fuera así, es lógico entender una posible situación indeseable respecto de las decisiones de los demás órganos jurisdiccionales del país. En resumen, desconocer la efectividad y categoría definitiva de lo resuelto por el Tribunal Constitucional tiene ineludible incidencia en la seguridad jurídica que debe identificar al sistema de administración de justicia.

²⁶ Voto singular del magistrado Eto Cruz comprendido en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 05942-2006-PA/TC.

7.1.5 La legitimidad y el sistema de elección de miembros del Tribunal Constitucional

La alta legitimidad del Tribunal Constitucional radica en gran parte en la devaluada legitimidad de la justicia ordinaria y de los poderes políticos. Pese a la tradicional división de poderes, hoy es más común la presencia de tribunales constitucionales alrededor del mundo, quienes se encargan precisamente de limitar a los poderes públicos en su accionar, arbitrar sus conflictos y ser el supremo y definitivo garante de los derechos fundamentales. En este contexto, las funciones confiadas a estos tribunales hacen ver en ellos una especial atención por parte de la sociedad. En consecuencia, si bien la legitimidad del Tribunal Constitucional descansa en su desempeño autónomo como guardián de la Constitución, no es menos cierto que el éxito de su presencia y autoridad en gran parte se debe a la legitimidad social con que cuenta, razón fundamental para hacer de su trabajo uno consecuente con el cumplimiento de sus misiones.

Es verdad que la eficacia de las decisiones del Tribunal Constitucional es un asunto de prioritario valor, y para estos fines se debe potencializar y asegurar la legitimidad con que cuenta para, a su vez, legitimar la normatividad de la Constitución y la justicia constitucional. De no tener una legitimidad institucionalizada, se corre el riesgo de llevar al fracaso la observancia de uno de sus objetivos esenciales, cual es controlar de modo efectivo la práctica del poder. En esta misma orientación, no puede descuidarse el hecho de que si bien los tribunales constitucionales han adquirido cierto reconocimiento social y de los poderes públicos, ello no ha sido óbice para que se presenten cuestionamientos promovidos por sectores que se sienten perturbados por las correcciones recibidas, gestándose una suerte de inestabilidad institucional que solo perjudica al Estado de Derecho.

La situación reseñada refleja que el Tribunal Constitucional necesita estar dotado de una legitimidad tal que le permita superponer sus decisiones a las de cualquier otro órgano del aparato estatal incluidos los poderes del Estado. Este aspecto es precisamente el que evidencia que el origen de su composición debe ser atendido como un asunto prioritario y no como un elemento más que puede ser relativizado de forma indeterminada como parece suceder en la experiencia nacional. En la práctica, la elección de los magistrados además de ser un problema recurrente en cuanto a los órganos encargados de dicha tarea, también ha sido y es objeto de discusión en el campo de la doctrina. En este sentido, se ha advertido que *“uno de los mayores problemas han sido los serios retrasos por parte de los órganos constitucionalmente encargados de elegir a los magistrados, particularmente el Congreso y el Senado, hasta el punto de obstaculizar su demora el funcionamiento normal de la jurisdicción, tanto por esperar los partidos a acometer la renovación el momento políticamente más oportuno para sus intereses privados (...) en el contexto del fenómeno que podríamos llamar lotización”*²⁷.

Ciertamente, dicho fenómeno denominado *lotización* permite que la elección esté sustancialmente compuesta por intereses de orden político partidario en atención a la representación congresal. Mención aparte merece la pregunta siguiente: ¿Puede el candidato ser un político, alguien procedente del circuito democrático representativo? Al ser el factor político el predominante en la designación, no es menos cierto que se puedan presentar candidatos vinculados (no necesariamente partidarios formales) con determinados partidos. Esto nos lleva a reflexionar que si bien es verdad que han habido ejemplos de buenos magistrados constitucionales extraídos de la política (el propio Marshall es uno de ellos), a buen seguro elaboraríamos una lista mucho más amplia con

²⁷ García Roca, Javier, La Experiencia de 25 Años de Jurisdicción Constitucional, en: La Reforma Del Tribunal Constitucional, Actas del V Congreso de La Asociación de Constitucionalistas de España, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 47.

los casos fallidos²⁸. En todo caso, la idea de que la decisión política y la decisión judicial proceden de oficios y técnicas muy distintas, tiene fundada razón, la que por supuesto, no es absoluta.

En la experiencia nacional, existe un apreciable sector de la doctrina que advierte un sistema de elección marcadamente político que resulta ser negativo para garantizar un procedimiento objetivo y democrático. De hecho, una de las pocas críticas fundamentales contra el Tribunal de Garantías Constitucionales (formulada por los defensores del modelo neoliberal) fue su excesiva politización. Pese a ello, la Constitución de 1993 abandonó el sistema de la Constitución de 1979 (designación tripartida: por parte del Poder Ejecutivo, Poder Judicial y Poder Legislativo, y de sus nueve magistrados), sustituyéndolo por un sistema totalmente político, en el que la elección de los siete magistrados la lleva a cabo el Congreso unicameral²⁹. En un sentido aún más crítico, se ha señalado expresamente que el modelo de elección formulado por la Constitución vigente obedece a una relación directa con un sistema antidemocrático, refiriéndose que la forma de jurisdicción constitucional que incorporó la Constitución de 1993 no está desvinculado del proceso dictatorial que aconteció a partir del 5 de abril de 1992³⁰. Más aún, si se tiene en cuenta que este período se inició con la clausura, entre otras instituciones, del mismo Tribunal de Garantías Constitucionales mediante el Decreto Ley 25422 (cese de todos los magistrados)³¹.

²⁸ Véase Vlad Constantinesco y Stephane Pierré-Caps, *Droit Constitutionnel*, p. 469. Citado por García Roca, Javier, *La Experiencia de 25 Años de Jurisdicción Constitucional*, en: *La Reforma del Tribunal Constitucional*, Actas del V Congreso de La Asociación de Constitucionalistas de España, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 89.

²⁹ Chirinos Soto, Enrique y Chirinos Soto, Francisco, *Constitución y comentario*, Editorial Norman, Lima, 1994, pp. 453-454. Citado por Landa Arroyo, César, en: *el Modelo de jurisdicción constitucional*, Biblioteca Jurídica Contemporánea; N° 2, San Marcos, Lima, 2004, p. 6.

³⁰ Ferrero, Eduardo (editor), *Proceso de retorno a la institucionalidad democrática en el Perú*, Lima, 1992, p. 276.

³¹ El Decreto Ley 25422, Del 8 de abril de 1992, determino en su artículo único: "*Cesar, a partir de aa fecha, a los miembros del Tribunal de Garantías Constitucionales de conformidad con lo*

Dicha línea de apreciación incluso es seguida por honorables anteriores miembros del Tribunal Constitucional, como es el caso del ex Presidente de este órgano, magistrado César Landa Arroyo, quien a propósito de la elección regulada en la Constitución peruana de 1993, sostiene: *“El déficit de este sistema se expresa en dos aspectos. Por un lado, en la falta de consenso de las fuerzas parlamentarias, con el consiguiente deterioro del proceso de selección, el maltrato de los candidatos y la renuencia posterior a postular de destacados juristas; y, por otro lado, en el sistema de cuotas y negociación política que cada vez es más utilizado para transar entre la mayoría y las minorías parlamentarias, lo que finalmente hace del Tribunal Constitucional un prisionero de las tensiones políticas parlamentarias entre el gobierno y la oposición”*³². Bajo este entendido se concluye en la determinación de una falta de orientación institucionalizada por preferir a los candidatos con mayor reconocimiento de trayectoria jurídica e independencia política.

Ahora bien, aún cuando es verdad que los antecedentes en el Perú del proceso de elección de magistrados del Tribunal Constitucional no ha sido del todo positivo y que el marco en el que entró en vigencia la Constitución de 1993 no fue el más adecuado, también es cierto que una mirada al Derecho Comparado nos hace ver que en varios países democráticos la intervención del Congreso en este tipo de elección es recurrente. En todo caso, creemos que es importante apreciar modelos de referencia desde un enfoque integral, en tanto no basta apreciar únicamente a las instituciones encargadas de la designación, sino también prestar atención a los demás mecanismos que conjuntamente con aquel otorgan un alto grado de garantía de una elección imparcial, como pueden ser los

dispuesto por el Decreto Ley 25418, Ley de Bases del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional”.

³² Landa Arroyo, César, Organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional, entre el Derecho y la Política, Palestra, Lima, 2011, p. 142.

requisitos para ser magistrados y el período del mandato. Asimismo, un aspecto de relevancia lo conforma la realidad política nacional y los procedimientos internos de elección que, en muchos casos, no son lo suficientemente regulados y permiten excesivos márgenes de discrecionalidad que, en modo alguno, otorgan seguridad de decisiones objetivas. De ahí que la doctrina extranjera apunte que la intervención del Parlamento no implica necesariamente la politización de la institución, pues el problema radica en el mal uso que las fuerzas políticas puedan hacer a través de los sistemas de cuotas y del proceso de selección regulado en los reglamentos de las cámaras, lo que sí es reprochable y va en desmedro de la imagen del Tribunal Constitucional³³.

A propósito de lo desarrollado con relación a los elementos esenciales en la composición del Tribunal Constitucional, debe anotarse que estos precisamente sirven para hacer frente al riesgo del uso político del sistema de cuotas, lo que efectivamente ha sido determinante al momento de formular la estructura del modelo en algunos ordenamientos jurídicos de países europeos de notable referencia (Alemania, Francia, Italia y España) en materia de selección de magistrados constitucional. Entre ellos, se pueden mencionar:

- *Jurista de reconocido prestigio*: son los casos de Francia, Alemania y España. Salvo la regulación francesa, en todos los países los magistrados son elegidos entre juristas que ejerzan o hayan ejercido la función de juez, de abogado o de profesor de derecho. Sin embargo, en la práctica en Francia sí se ha seguido la misma línea que en el caso de los otros países mencionados.

³³ De Esteban, J., El Tribunal Constitucional renovado, en: El Estado de la Constitución, Libertarias Prodhufi, Madrid, 1992, p. 251.

- *Experiencia profesional contrastada* (entiéndase como bagaje profesional amplio): En España se exige 15 años; en Alemania, además de ello, se debe tener un mínimo de 40 años de edad (y un máximo de 68 años, convirtiéndose en el único país que limita la edad en cuanto al máximo); en Italia la exigencia corresponde a 20 años.
- *Duración y renovación de mandatos*: España, Italia y Francia establecen 9 años de duración en el cargo de magistrado, Alemania, por su lado, tiene un período amplio de 12 años, lo que tiene legitimidad por parte de la doctrina, pues “(...) *es idea consolidada que los mandatos de larga duración aseguran la independencia de los jueces*”³⁴.
- *La inamovilidad y la inmunidad*: En todos los países se garantiza ambas. La primera es una garantía que comparten con los jueces y la segunda con los parlamentarios. En Francia se agrega una cuestión particular que consiste en la prohibición durante el tiempo que ocupen el cargo, de hacer declaraciones públicas sobre las cuestiones que hayan sido o puedan ser objeto de decisión o de consulta por parte del Consejo Constitucional.
- *Las incompatibilidades*: pueden ser de orden político y profesional. Las incompatibilidades de naturaleza política apuntan a la prohibición de ejercicio de funciones políticas, administrativas o judiciales; mientras que las de naturaleza profesional son menos estrictas que las políticas. Así, a excepción de Francia (donde se prohíbe expresamente el ejercicio de cualquier actividad pública o privada), regularmente se permite la docencia universitaria.

³⁴ Agudo Zamora, Miguel, El modelo institucional europeo de Justicia Constitucional, en: La Reforma Del Tribunal Constitucional, Actas del V Congreso de La Asociación de Constitucionalistas de España, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 233.

Como puede notarse, nuestro sistema de elección tiene marcadas diferencias con los requisitos descritos, pues como se verá más adelante, el procedimiento normativo de elección tiende a ser general con vacíos reglamentarios que no garantizan la elección de magistrados con trayectoria jurídica y democrática. A esto se debe sumar el hecho que los miembros del Tribunal Constitucional, en nuestra regulación, son irrecusables, lo que hace que en la práctica se les otorgue un blindaje absoluto que no es consecuente con la relativización del principio de imparcialidad que caracteriza la selección de sus miembros. En este punto, se debe precisar que si bien los magistrados del Tribunal Constitucional son irrecusables³⁵, se ha previsto que pueden abstenerse de conocer algún asunto cuando tengan algún interés directo o indirecto o por causal de decoro, lo que haría pensar que en esta normativa se encuentra el límite a cualquier ejercicio parcializado, sin embargo, en la experiencia ello no ha sido así. Según el propio ex Presidente del Tribunal Constitucional, César Landa, la posibilidad de abstención más que una alternativa constituye un asunto de ética judicial si se tiene en cuenta el artículo 55 del Código Iberoamericano de Ética Judicial que establece: *“El juez debe ser consciente de que el ejercicio de la función jurisdiccional supone exigencias que no rigen para el resto de la ciudadanía”*. Por ello, cuestiona directamente que algunos magistrados que son docentes de ciertas universidades no se hayan inhibido, a pesar de haber mostrado sumo interés, cuando han tenido que resolver causas judiciales de universidades como San Martín de Porres, Garcilaso de la Vega y Ricardo Palma³⁶.

³⁵ Artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y artículo 8 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional.

³⁶ Sobre este punto, el indicado autor recuerda que, en su oportunidad, se inhibió de conocer el proceso recaído en el expediente 04147-2008-PA/TC de la Pontificia Universidad Católica contra el Arzobispado de Lima. Landa Arroyo, César, Organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional, entre el Derecho y la Política, Palestra, Lima, 2011, p. 142.

En consecuencia, puede advertirse que tomando en consideración la doctrina nacional y extranjera sobre el modelo de elección de magistrados del Tribunal Constitucional, se puede concluir en la suprema importancia de la magistratura constitucional para la eficacia de la carta fundamental. Si se comprende ello, es apremiante garantizar principios, mecanismos y criterios adecuados que permitan asegurar una composición idónea de magistrados constitucionales que, a su vez, garantice una legítima interpretación de la Constitución. Es válido afirmar que el aporte significativo de la doctrina es servir de base a toda propuesta seria de modificación normativa.

7.2 Aportes a la teoría

7.2.1 Referencias históricas

De acuerdo con el presente trabajo de investigación, es necesario realizar una revisión de los antecedentes del sistema de elección de magistrados del Tribunal Constitucional, con especial énfasis en el propio nacimiento de la idea de conformar un órgano autónomo con las características del indicado tribunal. Para tales fines, es preciso recurrir a los principales estudios sobre el particular y a los contextos históricos que marcaron el inicio y la evolución del Tribunal Constitucional alrededor del mundo, incluido el Perú.

7.2.1.1 La justicia constitucional en el modelo concentrado de control constitucional

El Tribunal Constitucional se encuentra comprendido en los alcances de la justicia constitucional que, a su vez, se deriva del carácter fundamental y supremo de la Constitución, en tanto esta sirve para imponer el cumplimiento de su contenido y de su superioridad. Entonces, nace de la necesidad de defender dicha estructura elemental del Estado.

Ante tal misión, es adecuado que este órgano público tenga la condición de órgano constitucionalmente autónomo, en tanto los órganos fundamentales del Estado deben ser aquellos que reciben directamente de la Constitución su *status* y atribuciones primordiales, cuyo ejercicio incide en la esencia misma del Estado, ya sea actualizando el orden jurídico político elemental proyectado por la propia Constitución; y, participando de hecho en la suprema dirección del Estado³⁷. Esta autonomía se encuentra en los cimientos teóricos de las ideas que plantearon la necesidad y existencia de un tribunal con rango constitucional a quien se debía encargar la garantía de realizar un efectivo control de constitucionalidad de las leyes.

Ciertamente, como es de conocimiento categórico, la idea de la institución del Tribunal Constitucional es de autoría del jurista, político y filósofo austriaco Hans Kelsen³⁸. De hecho uno de sus legados más importantes se encuentra en el planteamiento de un sistema de revisión constitucional, que crea tribunales constitucionales especializados encargados de tal tarea. La propuesta original señala la conformación de un cuerpo de jueces que no provengan del Poder Judicial³⁹ y que actúen de

³⁷ Geck, Wilhelm Karl, Nombramiento y status de los magistrados del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 8, Nº 22, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, enero-abril 1988, p. 196.

³⁸ Nacido en Praga el 11 de octubre de 1881. Es precisamente a Kelsen a quien se le encarga en 1919 el diseño de la nueva Constitución de Austria, que es finalmente terminada en 1920, siendo nombrado posteriormente como miembro vitalicio del Tribunal Constitucional austríaco.

³⁹ Esto, a diferencia del modelo norteamericano de control de constitucionalidad de las leyes, que tuvo origen con la resolución del caso *Marbury vs. Madison*, emitida en 1803 por el Tribunal Supremo presidido por John Marshall. Decisión de trascendencia, pues se definió la capacidad de los tribunales judiciales para juzgar la conformidad de la ley con la Constitución y para abrogar, inaplicándolas, aquellas que pudieran contravenirla. De afirmarse que el antecedente de esta decisión se encuentra en el contexto mismo de la independencia de los Estados Unidos, tal como se advierte de la opinión expresada por Alexander Hamilton en *El Federalista*, “La interpretación de las leyes es de la propia y peculiar competencia de los tribunales. Una Constitución es en el hecho, y así debe mirarse por los jueces, como una ley fundamental. A ellos pertenece por lo tanto interpretar su significado, como el sentido de cualquier norma particular que proceda del cuerpo legislativo y, en caso de diferencia irreconciliable entre las dos, preferir el deseo del pueblo declarado en la Constitución al de la

forma colegiada como un “legislador negativo”, invalidando, con efectos generales, los estatutos o legislaciones que estime contrarios a la Constitución.

Si bien la idea de incorporar a la Constitución un Tribunal Constitucional es previa a la aprobación de la carta política austriaca de 1920, debe afirmarse que el primer estudio sistemático sobre el Tribunal Constitucional es realizado por Kelsen en 1928 a través de la obra *La garantie jurisdictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle)*⁴⁰, es decir, ocho años después de introducida la Alta Corte Constitucional de Austria (1920). Naturalmente, con el prestigio del citado estudioso y la eficacia de su propuesta plasmada en el ordenamiento constitucional austriaco, este estudio tuvo un importante impacto en la doctrina europea sobre la materia⁴¹. Es sabido que el propio Kelsen denominó a la jurisdicción constitucional como su “obra más personal”⁴² y que el Tribunal Constitucional austriaco es el más antiguo del mundo, habiendo influido notablemente como tal en el desarrollo constitucional en Europa, sobre todo en la segunda mitad del siglo XX. Por ello, a este modelo austriaco de examen judicial

legislatura expresado en el estatuto legal” (El Federalista, Carta LXXVIII, Libro Libre, San José de Costa Rica, 1986, p. 203).

⁴⁰ Apareció publicada por primera vez en la *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, Paris, abril-mayo-junio, 1928, tomo 45, año XXXV, pp. 197-257. Traducción al español por Rolando Tamayo Salmorán, La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional), en: Anuario Jurídico I, UNAM, México, 1974, pp. 471-515.

⁴¹ Véase el enfrentamiento de ideas entre Carl Schmitt y Hans Kelsen sobre el órgano defensor de la Constitución. Herrera, Carlos Miguel, La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución, en: Revista de Estudios Políticos, N° 86, octubre-diciembre 1994, Madrid, pp. 195-227.

⁴² Kelsen, Hans. Archivaufnahme, en: Walter-Jabloner-Zeleny, nota al pie Núm. 1, pp. 89-90. Cita extraída de Conferencia *Hans Kelsen y el Derecho constitucional federal austriaco: una retrospectiva crítica*, pronunciada por Theo Öhlinger. Viena, 20 de marzo de 2003, p. 219, traducción de Joaquín Brage Camazano.

de las leyes se le designa también, sobre todo en los países romanistas, como modelo kelseniano⁴³.

Es necesario precisar que la Constitución de Checoslovaquia del 29 de febrero de 1920 representa el primer ordenamiento en prever formalmente un Tribunal Constitucional, sin embargo, es la Alta Corte Constitucional de Austria (1 de octubre de 1920) la que ha servido de modelo al sistema europeo de control constitucional adoptado progresivamente y con matices propios en los siguientes ordenamientos constitucionales en el mundo. Sobre este aspecto, debe anotarse lo precisado por el profesor Domingo García Belaúnde, quien refiere que el debate previo a la aprobación de la Constitución checoslovaca de 1920 formó parte de un proceso llevado a cabo por juristas y políticos checoslovacos que conciben y concretan un Tribunal Constitucional, por influencia tanto de la tradición austro-húngara (de la que había sido parte) como de la influencia de los debates habidos en la comunidad austriaca, de la que Kelsen fue principal animador y de la que estaban debidamente noticiados⁴⁴.

Ciertamente, el impacto que tuvo el Tribunal Constitucional austriaco se reflejó en el establecimiento de tribunales constitucionales durante el primer tercio del siglo XX, en el período de entre guerras. Entre los factores que contribuyeron a la adopción extendida en Europa del modelo concentrado de control de constitucionalidad de las leyes se pueden

⁴³ Favoreu, L., *Le contrôle juridictionnel des lois et sa légitimité. Développements récents*, en: *Europe Occidentale*, 1984, p. 21. Cita extraída Ob. Cit., p. 219.

⁴⁴ Asimismo, el Tribunal Constitucional checoslovaco funcionó de 1920 a 1931; luego estuvo inactivo por falta de renovación de sus miembros y se extingue en 1938. Durante este lapso dictó una sola sentencia en 1922, sin trascendencia alguna; por lo que se concluye que para efectos prácticos no funcionó, García Belaúnde, Domingo, *Dos cuestiones disputadas sobre el Derecho Procesal Constitucional*, ponencia presentada al *Congreso de reforma de la Constitución y jurisdicción constitucional*, Universidad Católica San Pablo, Arequipa, 26 a 28 de octubre de 2006, p. 145.

mentar: insignificante aplicación del sistema difuso en los países escandinavos⁴⁵, los inconvenientes de la pluralidad de sujetos de la interpretación constitucional⁴⁶, el carácter extraño del *stare decisis* para poder ser adoptado y la tendencia conservadora de los jueces comunes de carrera que, aun con reconocida trayectoria, no contaban con la aptitud para administrar la justicia constitucional con características de creatividad y voluntad política. Asimismo, y desde una perspectiva estructural, se afirma que ante el fracaso del Estado de derecho basado en la ley, se requiere en el Estado Constitucional de un ente de control especializado que tenga la legitimidad formal de ejercer un poder constitucional para llevar a cabo el control constitucional⁴⁷.

Es conveniente indicar también que las razones de la adaptación del modelo kelseniano han sido diversas, pudiendo agruparse en factores históricos, teóricos y políticos. Los factores históricos se resumen en la necesidad de arbitrar soluciones jurídicas a los conflictos competenciales sobre el autogobierno de los territorios (landers, regiones, comunidades autónomas, cantones) en los Estados compuestos (Alemania, Austria, Italia, España, Suiza, entre otros.). Los factores relacionados con el ámbito de la teoría recaen en el interés de garantizar la estabilidad de la Constitución (un Tribunal Constitucional que actúe como legislador negativo frente a las asambleas parlamentarias). Las razones políticas o de orden institucional son aquellas que tienen base en la defensa del

⁴⁵ El modelo difuso solo tuvo presencia en Dinamarca, Finlandia, Grecia, Irlanda, Noruega, Suecia y Suiza.

⁴⁶ Se consideraban a varios los sujetos que se encontraban en capacidad de interpretar la Constitución: los legisladores (interpretación auténtica), los órganos del Estado (interpretación oficial), los órganos jurisdiccionales (interpretación judicial), los juristas (interpretación doctrinal) y los particulares (interpretación popular), esta última muy acentuada a partir del avance acelerado de las comunicaciones.

⁴⁷ García-Pelayo, Manuel, El status del Tribunal Constitucional, en: Revista Española de Derecho Constitucional, Vol. 1, N° 1, 1981, pp. 11-34.

pluralismo político como valor constitucional, y consecuentemente, como instrumento empleado para proteger a las minorías frente a la mayoría.

En todo caso, es un hecho que la incorporación de tribunales constitucionales recogieron el modelo desarrollado por Hans Kelsen, quien aún cuando parte de la particularidad de cada jurisdicción constitucional para realizar su construcción, postula ciertas consideraciones generales⁴⁸: 1) El número de jueces no debe ser muy elevado y la misión de la justicia constitucional es puramente jurídica de interpretación de la Constitución; 2) no es recomendable el nombramiento de los jueces constitucionales exclusivamente por el ejecutivo o por el legislativo, por lo que expresa la posibilidad del nombramiento por el Parlamento a propuesta del Ejecutivo, 3) resalta la necesidad de contar con juristas en la jurisdicción constitucional, por lo que recomienda que las Facultades de Derecho propongan candidatos para una parte de los cargos; 4) acepta la proposición para el nombramiento por parte del Tribunal Constitucional, pues tiene considerable interés de llamar a su seno a especialistas eminentes. Asimismo, debe anotarse que si bien acepta el riesgo de la influencia política, prefiere afrontarlo directamente, permitiendo que el Poder Legislativo nombre una parte de los magistrados, a tenor de la fuerza relativa de los partidos políticos.

⁴⁸ Kelsen, Hans, La Garantía Jurisdiccional de la Constitución: La Justicia Constitucional, traducción de Tamayo y Salmorán, Rolando, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001, pp. 57-58.

7.2.1.2 La evolución de los tribunales constitucionales en Europa

Así las cosas, la incorporación y evolución de los tribunales constitucionales en Europa se pueden agrupar en tres etapas⁴⁹:

1. Nacimiento de los tribunales constitucionales en los años posteriores a la Primera Guerra Mundial: Checoslovaquia y Austria en 1920 a iniciativa, como se ha desarrollado, del profesor de la Universidad de Viena, Hans Kelsen. También corresponde en esta etapa mencionar a España con la aparición del Tribunal de Garantías Constitucionales que previó la Constitución republicana de 1931, cuya principal función era conocer el recurso de amparo de ascendencia mexicana.⁵⁰
2. Legitimación y expansión de los tribunales constitucionales, fundamentalmente en Europa Occidental luego de finalizada la Segunda Guerra Mundial: En este período se reinstaló la Corte Constitucional austríaca⁵¹ en 1945 y se crearon tribunales constitucionales en Italia (1948), Alemania (1949), Francia (1959), Turquía (1961, 1982) y Yugoslavia (1963, 1974).
3. Mayor expansión a partir de la década del 70: incorporación de tribunales constitucionales en Portugal (1976, 1982), Grecia (1975: Tribunal Especial Superior), España (1978) y Bélgica (1980: Tribunal de Arbitraje). Estos se expandieron luego en la Europa del Este y en la ex Unión Soviética:

⁴⁹ Ferrer Mac-Gregor, Los tribunales constitucionales en Iberoamérica, Fundap, México D.F., 2002, p. 61-64.

⁵⁰ Que se debe en gran medida al constitucionalista mexicano Rodolfo Reyes Ochoa. Ferrer Mac-Gregor, La Constitución española de 1931 y el juicio de amparo mexicano, en: Revista de Investigaciones Jurídicas, Año 23, N° 23, Escuela Libre de Derecho, México D.F., 1999, p. 151.

⁵¹ Fue desplazada por un Tribunal Federal en la Constitución de 1934, tras el golpe de Estado en el año anterior.

Polonia (1982, 1986, 1997), Hungría (1989), Croacia (1990), Checoslovaquia, Rumania, Bulgaria y Eslovenia (1991), Albania, Eslovaquia, Estonia, Lituania, Macedonia, República Checa y lo que restó de Yugoslavia - Federación de Serbia y Montenegro (1992), República Federativa Rusa (1993), Moldavia (1994), Bosnia-Herzegovina (1995) y la República de Ucrania (1996).

Como es notorio, la presencia ascendente de los tribunales constitucionales en Europa, con base en el modelo austriaco, fue ampliamente considerable. Esta influencia, como era de esperarse, trascendió las barreras del continente europeo, pudiéndose incluir en la citada última etapa a los colegiados constitucionales incorporados en Sudáfrica (1994, 1997), los altos tribunales constitucionales en Madagascar (1975), Egipto (1979) y Corea del Sur (1987).

Es útil precisar que si bien los tribunales constitucionales en Europa surgen de la idea del control constitucional definido por Kelsen, también es cierto que dicha institución ya contaba con algunos antecedentes de relevancia. De esta forma, en Alemania el control constitucional (previo al establecimiento del Tribunal Constitucional) tiene sus inicios en el siglo XV y XVI, con el Tribunal del Imperio y el Consejo Imperial, órganos especializados que tenían como función esencial el resguardo de los derechos fundamentales. En el artículo 108 de la Constitución de Weimar⁵² se previó la existencia de un órgano jurisdiccional constitucional que tenía como función central conocer de las acusaciones del *Reichstag* (Parlamento) en contra del Presidente, del Imperio o de un ministro, así como de la resolución de conflictos entre los diferentes Estados y entre el

⁵² “Artículo 108.- Con arreglo a una Ley del Reich se creará un Tribunal de Estado con jurisdicción sobre el Reich alemán.”

Imperio y los Estados. El artículo 13 de la misma Constitución⁵³ permitió un control constitucional abstracto en caso de duda sobre la compatibilidad del derecho de uno de los Estados con el derecho del Imperio. Sin embargo, solo hasta el 23 de mayo de 1949⁵⁴, se puede hablar de un verdadero control constitucional con la formalización de un Tribunal Constitucional en la Ley Fundamental.

Es precisamente a partir de la vigencia de la Constitución alemana de 1949⁵⁵ en que cobra trascendencia el trabajo desarrollado por su Tribunal Constitucional. Se afirma, con razón, que *“el Tribunal Constitucional Federal ha cuidado e interpretado la Ley Fundamental. Con su trabajo el Tribunal Constitucional ha dado vida a la Ley Fundamental y ha fortificado la reputación de ésta. En la práctica la Ley Fundamental se encuentra en vigor en la forma en la cual el Tribunal Constitucional Federal lo interpreta. Por lo tanto, la*

⁵³ “Artículo 13.- El Derecho del Reich prevalece sobre el de los Estados. Cuando surjan dudas o diferencias de criterio respecto a si alguna disposición jurídica de los Estados es compatible con el Derecho del Reich, la autoridad central competente de aquél o de éstos podrá, en la forma que más detalladamente regule una Ley del Reich, solicitar el fallo de un Tribunal Supremo del Reich.”

⁵⁴ Fecha en que se aprobó la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania (en alemán: *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*). El Tribunal Constitucional Federal regulado en la Constitución de 1949 es una institución característica de la actual democracia alemana. Se define su rol como máximo guardián de la Constitución. Debe asegurar que todas las instituciones estatales cumplan la Ley Fundamental y que los ciudadanos no sean privados de sus derechos fundamentales. Asimismo, el Tribunal Constitucional Federal tiene el monopolio de interpretación de esta Ley.

⁵⁵ Es pertinente precisar que el Consejo Parlamentario utilizó la expresión “Ley Fundamental” en vez de “Constitución” por el carácter provisional de esta, debido a la separación de Alemania y el deseo de que con la unificación, la Ley Fundamental como constitución provisional se sustituya por una constitución decidida y adoptada por la totalidad del pueblo alemán en libre decisión. Si bien la unificación se produjo, no ocurrió lo mismo con la sustitución de la Ley Fundamental, lo que respondió a la alta aceptación y reconocimiento que ha tenido esta Ley, en gran parte por el trabajo desarrollado por el Tribunal Constitucional. La unificación se realizó formalmente mediante una adhesión de los cinco estados federados orientales al territorio de vigencia de la Ley Fundamental. Es por esta razón, que tampoco se varió el nombre de Ley Fundamental de la República Federal de Alemania a Constitución de la República Federal de Alemania.

*historia de la Ley Fundamental es al mismo tiempo la historia de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal*⁵⁶.

Del mismo modo, es importante reconocer que es con el establecimiento formal de los tribunales constitucionales que empieza una notable influencia de la justicia constitucional alrededor del mundo. En 1933, por ejemplo, a los días de promulgada la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal de Garantías Constitucionales de la España republicana, Manuel Jiménez de Asúa señaló que *“hace veinte años, es decir, en 1913, con anterioridad a la Gran Guerra, salvo los Estados Unidos de América, nadie pensaba en problemas de constitucionalidad o inconstitucionalidad”*⁵⁷.

Como se ha visto, es después de consolidados los regímenes políticos que sucedieron a aquellos involucrados en el proceso de la Gran Guerra, en que surgieron en Europa las primeras expresiones de tribunales constitucionales: República Alemana de Weimar en 1919, Austria y Checoslovaquia en 1920. A lo descrito, que fue secuela de lo nefasto de la primera guerra mundial, deben incorporarse los numerosos cambios constitucionales originados luego de la segunda guerra mundial dirigidos a la instalación del sistema de jurisdicción constitucional que sirviera para prevenir los excesos de violación de derechos humanos y al propio riesgo de guerra. Como refiere García de Enterría, son ciertos traumas inimaginables hasta entonces, el antecedente que *“fuerza a los constituyentes de los países a fijarse otra vez en la técnica de los tribunales constitucionales para precaverse ante una actividad legislativa arbitraria, una vez*

⁵⁶ Unger, Mark, Sesenta años de la Ley Fundamental alemana: de un provisorio con una larga vida, en: Estudios Constitucionales, Año 7, N° 2, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, 2009, p.308.

⁵⁷ Nicolás Gonzales-Deleito, Domingo, Tribunales Constitucionales Organización y funcionamiento, Tecnos, Madrid, 1980, p.15.

que se ha concretado en el texto constitucional un cuadro de valores supremos y tendencialmente inalterables.”⁵⁸

Ciertamente, los dos grandes países que adoptaron el sistema (Italia y Alemania) vivieron la negativa experiencia de que el legislador pase a ser, paradójicamente, la mayor amenaza para la libertad. Frente a la concepción tradicional del Estado de Derecho como un Estado que se somete a las leyes; la ley, hasta ahora vista como garantía de la libertad, se mostraba como un legislador arbitrario dueño del poder de hacer leyes, con la posibilidad de enclavar injusticias sistemáticas, de pervertir el ordenamiento jurídico⁵⁹.

7.2.1.3 El Tribunal Constitucional y el Estado Constitucional de Derecho

En este punto es conveniente recordar que el Estado Constitucional de Derecho que se proclama como modelo en que todo Tribunal Constitucional se desenvuelve, ha respondido a un proceso evolutivo en que el órgano mencionado es el que precisamente lo ha dotado de institucionalidad. Son, en buena cuenta, los sucesos mundiales relacionados con los derechos humanos los que han marcado el protagonismo ascendente del colegiado constitucional.

En efecto, en el Estado Liberal de Derecho, producto de la revolución francesa, la libertad se convirtió en la base de la vida, siendo que todas las demás garantías tenían como factor habilitante a aquella. Se afronta en este período (finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX) un cambio radical en el sistema

⁵⁸ García de Enterría, Eduardo, La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional, Civitas, Madrid, 1985, p. 133.

⁵⁹ F. Von Hippel, Die Perversion des Rechtsordnungen, citado por García de Enterría, Eduardo, La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional, Civitas, Madrid, 1985, p. 133.

político, económico y social en la mayoría de las antiguas monarquías absolutas europeas, influenciadas por la dirección que tuvo la Francia absolutista hacia el nuevo Estado Liberal. Es el principal documento que generó la revolución francesa, Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano⁶⁰, el que impuso el reconocimiento de las mínimas libertades de los individuos y de su dignidad, estableciendo su capacidad de elegir y ser elegidos en el marco de la vinculatoriedad de los derechos civiles y políticos. En todo caso, es preciso recordar que pese al gran avance que constituyó este suceso histórico, los derechos solo fueron eficaces de forma restringida, por ejemplo, no hay precisión sobre un sufragio universal que incluya a las mujeres y se da paso al régimen de un sufragio censitario, donde solo tienen derecho al voto los propietarios que paguen impuestos.

Con los cambios producidos en el mundo luego de la Primera Guerra Mundial (1914- 1918) y la Revolución Rusa (1917), surge la necesidad de garantizar los derechos inherentes a la persona en sus dimensiones económica (para atenuar los posibles abusos de los empleadores), social (para enfrentar situaciones de discriminación y marginación por parte de los sectores de poder) y cultural (para permitir la libre expresión cultural y determinación de los pueblos tradicionalmente oprimidos), lo que se expresó con la vigencia de la Constitución de la República de Weimar de 1919. Así, con el nuevo Estado Social de Derecho se

⁶⁰ La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano tiene una doble vertiente: moral (derechos naturales inalienables) y política (condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos naturales e individuales), que condiciona el surgimiento de un nuevo modelo de Estado, el de los ciudadanos, el Estado de Derecho, democrático y nacional. En el contenido de esta carta se encuentran comprendidos los siguientes lineamientos: Los hombres nacen libres e iguales (Art. 1), Los derechos naturales e imprescriptibles del hombre son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión (Art. 2), La nación es la fuente de la soberanía (Art. 3), Reconocimiento de la libertad política (Art. 4), Establecimiento de un proceso judicial legal (Arts. 7,8,9), Libertad de conciencia, religión y opinión (Art. 10), Derecho al voto (Art. 14), Derecho a la fiscalización de las acciones de los representantes de la comunidad (Art. 15) y Establecimiento del derecho a la propiedad (Art. 17).

busca proporcionar a los ciudadanos condiciones básicas de vida propias de la realidad social a través de la satisfacción de las necesidades básicas de salud, educación, alimentación y vivienda; aspectos que no se habían previsto en la regulación de los derechos civiles y políticos postulados por el Estado Liberal de Derecho. Más aún, con el establecimiento del Estado Social y Democrático de Derecho (que comprende los derechos denominados de tercera generación), el Estado asegura condiciones de dignidad para sus ciudadanos y mecanismos para la democracia representativa. Es decir, la protección no solo incide en las libertades individuales y en los derechos sociales, sino que incluyen además a la participación política y la vida en democracia, donde se garantice el respeto por una pluralidad de opiniones.

Fue recién en la época posterior a la Segunda Guerra Mundial en que surgió una nueva tendencia sobre el modelo constitucional denominado neoconstitucionalismo, reflejado en la Ley Fundamental de Alemania Occidental en 1950, a la par en que empezaron a tener vigor las diversas declaraciones sobre derechos humanos⁶¹. Esta tendencia legitima la penetración del concepto de valores en el discurso constitucional, es decir, se traslada un concepto que era más propio de la ética al campo de la argumentación judicial, es aquí donde los principios (no necesariamente regulados de forma expresa) cobran especial valor y sirven de fuente ineludible en el trabajo de interpretación que realizan los jueces constitucionales.

⁶¹Entre ellas: la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948, el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos de 1966 y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales de 1966; incluyéndose en esta evolución la Declaración de los Derechos de los Pueblos en 1976, como parte del derecho a la libre determinación de los pueblos. Asimismo, es válido considerar a otros instrumentos internacionales de carácter vinculante, siempre que las constituciones lo permitan, como la Convención Interamericana de los Derechos Humanos o el Pacto de San José de 1976 y su respectivo fuero jurisdiccional como la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.

Esta visión de los derechos fundamentales, si bien se remonta a las teorías de Rudolf Smend quien en 1928 formuló la tesis de que la Constitución es la expresión de un sistema concreto de valores y de un sistema cultural⁶², tuvo efectiva aplicación en 1958 con la sentencia Lüth del Tribunal Constitucional alemán⁶³, donde se determinó que la Ley Fundamental como "*un orden objetivo de valores*" o un "*sistema de valores*" fortalece el poder de los derechos fundamentales. Posteriormente, la idea alemana se desarrolló con fluidez en España e Italia y, desde allí, a Latinoamérica.

En todo caso, la importancia del neoconstitucionalismo o nuevo constitucionalismo, para efectos del presente trabajo, radica en que las características que lo definen, planteadas desde la teoría jurídica contemporánea, colocan al Tribunal Constitucional en un protagonismo cada vez mayor. Así, se identifican algunas evidencias que identifican al nuevo modelo: el crecimiento de las atribuciones de la judicatura constitucional, la constitucionalización del derecho, la difusión de la concepción axiológica de los derechos constitucionales, la progresiva consolidación de ciertas metodologías de resolución de

⁶² Smend, Rudolf, Constitución y Derecho Constitucional, traducción de J. M. Beneyto, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, pp. 133 y ss.

⁶³ Sentencia BVerfGE 7, 198 (Lüth) del 15 de enero, 1958, proceso sobre el recurso de amparo promovido por Erich Lüth, presidente del Club de prensa de Hamburgo, en contra de la sentencia del Tribunal Estatal de Hamburgo que dispuso se abstenga de incitar al público alemán a no ver la película Unsterbliche Geliebte. En la resolución el Tribunal Constitucional privilegió una interpretación en base a valores: "(...) *las leyes generales, que tienen un efecto restrictivo sobre un derecho fundamental, deben ser vistas a la luz del significado de ese derecho fundamental, e interpretarse de modo tal que el especial contenido de valor de ese derecho, deba llevar en una democracia liberal a que se garantice, en todo caso, una presunción básica a favor de la libertad de expresión en todos los ámbitos, pero principalmente en la vida pública. la relación contrapuesta entre derecho fundamental y "ley general" no debe ser vista tampoco como una restricción unilateral de la vigencia del derecho fundamental a través de la "ley general"; se da más una interacción, en el sentido que la "ley general" ciertamente determina el tenor de acuerdo con los límites del derecho fundamental, pero interpretado a su vez, con base en el reconocimiento del significado, como determinante de valores, que se le otorga a ese derecho fundamental en un Estado liberal democrático, y así, en su efecto limitante del derecho fundamental, debe una vez más limitarse ella misma (...)*". Schwabe, Jürgen (compilador), Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, Fundación Konrad Adenauer, México D.F., 2009, pp. 202–206.

conflictos (tales como la ponderación) o de ciertos principios de escrutinio judicial de la actividad pública (tales como el principio de subsidiariedad) que aumentan la incidencia de los jueces en el ámbito público o privado, la renovación del concepto de principios del Derecho, la crisis de las constituciones nacionales frente a la globalización, y la apertura de las constituciones y las magistraturas nacionales frente al Derecho internacional y al comparado⁶⁴.

A tenor de lo reseñado, es consustancial la relación entre el Estado Constitucional de Derecho y la presencia del Tribunal Constitucional en los sistemas jurídicos que han adoptado este modelo. Ello es así, por la naturaleza del primordial valor que adquieren los principios en la labor de interpretación de la Constitución, labor que como se ha desarrollado anteriormente en detalle, le corresponde por excelencia y como rol central, al Tribunal Constitucional. La evolución que ha experimentado el Estado de Derecho, como límite al control del poder a través de la vigencia de los derechos, ha permitido apreciar la necesidad de un órgano autónomo e independiente en la defensa de la Constitución cuya interpretación no puede ser soslayada a un desorden competencial que impida la uniformidad y categoría suprema que deben revestir las decisiones en materia constitucional. El Estado Constitucional que proclama a la norma constitucional como directamente aplicable, trasciende al reconocimiento positivo de los derechos, y coloca en la palestra, como cuestión central, la eficacia de estos; siendo esto así, los órganos jurisdiccionales adquieren verdadera importancia, donde qué duda cabe, el máximo intérprete de la Constitución tiene superior posición.

⁶⁴ Núñez Poblete, Manuel, El neoconstitucionalismo y el recurso a los valores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno, en: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 34, Valparaíso, 2010, pp. 523-541.

7.2.1.4 La presencia de los tribunales constitucionales en Iberoamérica y en el Perú

Mención aparte merece el caso de Iberoamérica. Efectivamente, con independencia de los antecedentes de Cuba⁶⁵ y Ecuador⁶⁶, el primer Tribunal Constitucional autónomo de América Latina fue la Corte de Constitucionalidad de Guatemala que no tuvo carácter permanente (Constitución de 1965) y estuvo integrado por doce miembros elegidos por la Corte Suprema de Justicia. Posteriormente, su Constitución de 1985 le dio carácter permanente y la función de defender el orden constitucional⁶⁷ (conoce procesos constitucionales). El sistema de elección de sus magistrados previó la participación de la Corte Suprema, el Congreso, el Presidente de la República, el Consejo Superior Universitario de la Universidad de San Carlos de Guatemala y la Asamblea del Colegio de Abogados.

En Chile, como producto de la reforma de la Constitución de 1925, se creó el Tribunal Constitucional en 1971, el que tuvo una corta duración, pues en 1973 dejó de existir como consecuencia del golpe de Estado liderado por Augusto Pinochet. Su reincorporación se produjo con la Constitución de 1980, actualmente en vigor.

Tomando como modelo la Constitución española de 1978, el Perú integró a la Constitución de 1979 la conformación de un Tribunal de Garantías Constitucionales con independencia administrativa y funcional. Dicha incorporación guardó

⁶⁵ La Constitución de La Habana de 1940 previó un Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, como una Sala dentro del Tribunal Supremo de Justicia.

⁶⁶ La Constitución de Ecuador de 1945 previó un Tribunal de Garantías Constitucionales que se limitaba a resolver la suspensión provisional de una norma impugnada. Sus resoluciones no eran decisorias.

⁶⁷ La Constitución Política de la República de Guatemala fue promulgada por la Asamblea Nacional Constituyente en 1985 y contempla dentro del Capítulo VI relativo a Garantías Constitucionales y Defensa del Orden a la Corte de Constitucionalidad.

coherencia con el contexto histórico en que se aprobó la Carta Política de 1979⁶⁸, cuya redacción se produjo con el ocaso del Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas. Fue la Asamblea Constituyente de 1978, presidida por Víctor Raúl Haya De la Torre, la que fue convocada con el fin de facilitar el retorno de la democracia, tras una década de gobierno militar⁶⁹. El texto constitucional fue sancionado el 12 de julio de 1979 y entró en vigencia el 28 de julio de 1980, con la inauguración del segundo gobierno constitucional del arquitecto Fernando Belaúnde Terry.

No obstante la trascendencia de la incorporación de un Tribunal de Garantías Constitucionales, la Carta Política de 1979, como bien lo ha desarrollado el profesor Francisco Eguiguren Praeli⁷⁰, tiene el mérito de haber instituido una verdadera transformación sustancial mediante la introducción de un sistema de jurisdicción constitucional; esto, si se toman en cuenta algunos de sus rasgos:

- Se amplió las llamadas “Garantías Constitucionales”, sumando a las ya existentes habeas corpus y acción

⁶⁸ Al respecto, es pertinente traer a colación parte del Discurso del Magistrado César Landa Arroyo con ocasión de su juramentación como Presidente del Tribunal Constitucional (15 de diciembre de 2006), en tanto se expresó que *“La cimentación de la jurisdicción constitucional en la cultura política de un pueblo sólo puede darse dentro de un proceso muy largo. Por ello, no se puede entender al Tribunal Constitucional peruano de hoy sino como uno de los resultados de la impronta democrática de los años de 1978-1979.”*

⁶⁹ El gobierno militar se instauró como consecuencia de un golpe de Estado en 1968 por el general Juan Velasco Alvarado. Luego, en 1975, un movimiento institucional al interior del sector militar, dejó de lado al General Velasco y lo reemplazó por el General Morales Bermúdez (el cambio se generó por diversos factores como los excesos en las confiscaciones de medios de comunicación social, la salud del Gral. Velasco, entre otros). Morales Bermúdez; frente al rechazo generalizado del militarismo por parte de la población, toma partido por la entrega del poder a los civiles, iniciándose el proceso de conversión democrática del Estado peruano. Así, en octubre de 1977 se convocó a una Asamblea Constituyente y en junio de 1978 se eligió a sus representantes; los que durante un año trabajaron el nuevo texto constitucional. Si bien el gobierno militar efectuó algunas observaciones al Proyecto de Constitución, estas finalmente fueron rechazadas por la Asamblea. Pareja Paz, José, *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*, Vol. I, Valenzuela Editores, Lima, 1980, p. 242.

⁷⁰ Eguiguren Praeli, Francisco, *La jurisdicción constitucional en el Perú: algunas propuestas para la reforma constitucional*, en: *Homenaje a Jorge Avendaño*, Vol. I, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2004, pp. 456-457.

popular, la acción de amparo, para la defensa de los demás derechos constitucionales, y la acción de inconstitucionalidad, contra las leyes y normas de rango legal que vulneren la Constitución.

- Se estableció el Tribunal de Garantías Constitucionales, con competencia para conocer en casación de las acciones de habeas corpus y amparo desestimadas en el Poder Judicial, así como (en forma directa y exclusiva) de la acción de inconstitucionalidad.
- El Poder Judicial tenía a su cargo el conocimiento inicial de las acciones de habeas corpus y amparo; así como la competencia exclusiva para la acción popular, proceso que se iniciaba ante la Corte Superior y concluía en la Corte Suprema.
- Se consagraba constitucionalmente, por primera vez, que cualquier juez, en todo tipo de procesos, debía preferir la Constitución e inaplicar las normas contrarias a esta (control difuso); observándose el procedimiento establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial, que debía concluir necesariamente con una decisión de la Corte Suprema, cuyos efectos sólo alcanzaban al caso concreto, sin derogar la norma inconstitucional.

Pese a ello, el Tribunal de Garantías Constitucionales funcionó en el Perú solo desde noviembre de 1982 al 5 de abril de 1992. Al respecto, como igualmente ha referido Eguiguren Praeli, si se realiza una evaluación objetiva de la tarea que desplegó en dicho período, se tiene un balance poco digno de relevancia. En ese sentido, se asevera que *“No es exagerado afirmar que muchas de las expectativas que se cifraron en la creación del*

Tribunal quedaron defraudadas y que los males que se quisieron corregir no fueron significativamente superados. Sustentan esta afirmación, por lo demás ampliamente compartida en la comunidad jurídica nacional, el reducido número de acciones de inconstitucionalidad que resolvió, así como los escasos aportes de su jurisprudencia en materia de acciones de habeas corpus y amparo. Es justo señalar también, que las limitaciones impuestas al Tribunal de Garantías Constitucionales por el modelo adoptado en la Constitución de 1979 y su ley orgánica, incidieron de alguna medida en esta algo opaca labor.”⁷¹

Ciertamente, el Tribunal de Garantías Constitucionales fue disuelto por el Presidente Alberto Fujimori el 5 de abril de 1992⁷², conjuntamente con el Congreso de la República y numerosos jueces. Más tarde, el 31 de octubre de 1993 se aprobó, mediante referéndum, la nueva Constitución Política del Perú que incluyó un Tribunal Constitucional que se conformó recién en 1996 con siete miembros⁷³: Ricardo Nugent (Presidente), Guillermo Rey Terry, Manuel Aguirre Roca, Luis Guillermo Díaz Valverde, Delia Revoredo Marsano de Mur, Francisco Javier Acosta Sánchez y José García Marcelo. A diferencia de la Constitución de 1979 que previó una elección multisectorial⁷⁴, la Constitución de 1993 determinó que el

⁷¹ Ibidem, pp. 461-462.

⁷² Este hecho es denominado el autogolpe de Estado, pues fue perpetrado por el propio Presidente democráticamente elegido. Al respecto, el ex Presidente del Tribunal Constitucional peruano, Javier Alva Orlandini, a 20 años de producido el mismo, refirió que “Fujimori fue elegido democráticamente (en 1990) y se convirtió en un dictador, disolvió el Congreso, el Tribunal de Garantías Constitucionales y destituyó a la mayor parte de los vocales de la Corte Suprema. El golpe no tuvo ninguna justificación sino el anhelo de controlar el poder para el enriquecimiento de quienes, abierta o encubiertamente, ejercían funciones públicas importantes”, Andina: Agencia Peruana de Noticias, Lima, 4 de abril de 2012.

⁷³ La designación de los siete miembros se produjo mediante Resolución Legislativa 001-1996-CR del 19 de junio de 1996.

⁷⁴ De conformidad con el artículo 296 de la Constitución peruana de 1979 el Tribunal de Garantías Constitucionales es el órgano de control de la Constitución, que se compone de nueve miembros: tres designados por el Congreso; tres por el Poder Ejecutivo; y tres por la Corte Suprema de Justicia.

Tribunal Constitucional se compone de siete miembros elegidos por el Congreso de la República por un periodo de cinco años.

7.2.1.5 Los problemas en el sistema de elección de magistrados

Independientemente del sustancial aporte a la jurisprudencia constitucional en el Perú, el Tribunal Constitucional ha presentado notorios problemas en el ámbito de la elección de sus magistrados, al punto que algunas de sus elecciones han estado revestidas de cuestionamientos fundados. Para ello, basta recordar que en los últimos cinco años hemos tenido dos experiencias de elección: la primera realizada en el 2007, cuando se cubrieron las vacantes dejadas por los magistrados García Toma, Bardelli Lartirigoyen, Alva Orlandini y Gonzales Ojeda (proceso que concluyó con una serie de objeciones e incluso una elección anulada que, a su vez, generó un pedido de incorporación ante el órgano jurisdiccional por parte de uno de los candidatos⁷⁵); y la segunda se efectuó en el 2010 con la designación de Óscar Urviola Hani en reemplazo de César Landa Arroyo (en esta oportunidad se esperó elegir a un magistrado más, lo que no ocurrió, pues la elección de Carlos Ramos Núñez se frustró por falta de acuerdo entre las bancadas parlamentarias) y con la continuación en el cargo de Juan

⁷⁵ Este pedido llegó hasta el propio Tribunal Constitucional, quien el 9 de mayo de 2012 publicó en su portal institucional la resolución correspondiente al expediente 0265-2012-PA/TC que declaró improcedente la demanda de amparo interpuesta por Javier Ríos Castillo contra el Congreso de la República, cuya finalidad era hacer valer la decisión de nombrarlo magistrado del citado órgano constitucional. La decisión se sustentó en que el proceso en el que participó el recurrente en el año 2007 ya había finalizado con la designación de tres magistrados, por lo que el presunto daño había devenido en irreparable. Recuérdese que el proceso ventilado en la instancia previa (judicial) produjo en el 2010 un asunto desconcertante: se emitió una resolución judicial de medida cautelar por medio de la cual se ordenó al Congreso de la República a garantizar que el abogado Javier Ríos Castillo, quien fuera cuestionado en su momento por sus vínculos políticos (a propósito de la carátula de la Revista Caretas), ocupe una de las dos plazas reservadas para reemplazar a César Landa Arroyo y Juan Vergara Gotelli como magistrados del Tribunal Constitucional. Esto dejó en evidencia la existencia de jueces y autoridades que ya no solo desconocen la autoridad del Tribunal Constitucional, sino incluso la competencia del órgano que los elige, potestad además que le viene dada por la Constitución.

Vergara Gotelli, pese a que su período ya se encontraba finalizado.

Un asunto que no puede dejarse de mencionar, por la gravedad del mismo, es que la injerencia de la política en el accionar de los magistrados del Tribunal Constitucional no solo ha tenido cabida como es razonable pensar en razón del órgano encargado de la elección, sino que dicha influencia llegó a niveles perjudiciales para la propia imagen e institucionalidad del Tribunal Constitucional. Tal fue el caso del ex magistrado José García Marcelo quien fue sentenciado por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, presidida por el Dr. César San Martín, a cinco años de prisión por recibir 3,500 dólares mensuales de Vladimiro Montesinos a cambio de que sus fallos siguieran los lineamientos del gobierno de Alberto Fujimori⁷⁶. Independientemente del desarrollo del proceso al citado ex miembro, lo cierto es que una situación como la narrada, reviste una situación absolutamente contraria con la investidura y prestigio que debe guardar el órgano calificado como supremo intérprete de la Constitución.

Atendiendo a la experiencia descrita y a que queda pendiente la renovación de cinco de los seis magistrados del Tribunal Constitucional⁷⁷ (dos de los cuales han excedido su período considerablemente), la mecánica del procedimiento llevada a cabo en el Poder Legislativo ha experimentado un cambio significativo, habiéndose concretado la posibilidad de una elección por invitación, ello en contraposición de la convocatoria

⁷⁶ Condenan a cinco años de cárcel a José García Marcelo, en: diario La República, Lima, 1 de diciembre de 2005. Además de la pena descrita, la Sala le impuso el pago de una reparación civil de 300 mil soles.

⁷⁷ De acuerdo al plazo de duración del cargo, el magistrado Juan Vergara Gotelli debió cesar en el cargo en diciembre de 2009, Carlos Mesía Ramírez en julio de 2011. En los casos de Fernando Calle Hayen, Ernesto Álvarez Miranda y Gerardo Eto Cruz, sus períodos culminaron el 2012. Solo el magistrado Óscar Urviola Hani, debe ejercer la función hasta junio de 2015.

pública que se ha practicado hasta ahora y que tantas controversias ha devengado.

No obstante los cambios aprobados, hasta ahora no se ha concretado la renovación señalada, sino todo lo contrario, se ha presentado una desidia casi institucional por parte del Congreso de la República que ha generado incluso un caso de renuncia de uno de los miembros que propició una serie de controversias nada convenientes para el fortalecimiento del rol del Tribunal Constitucional. Ciertamente, el magistrado Ricardo Beaumont Callirgos presentó al Parlamento su carta de renuncia irrevocable, dado que el periodo para el cual había sido electo ya había concluido. Cuando el Congreso trasladó la renuncia al Tribunal Constitucional, este concluyó en no aceptar la renuncia, llegándose a otorgar un plazo para que se reincorpore en sus funciones, caso contrario, se aplicarían las sanciones que prevé la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (incumplimiento de las funciones). Finalmente, el citado jurista no regresó al Tribunal Constitucional y este tuvo que ceder frente a su posición inicial, declarando formalmente su vacancia⁷⁸, lo que naturalmente desmerece la autoridad de un órgano de tan alta investidura.

En todo caso, la efectividad de modificar tangencialmente el actual procedimiento de elección no ha servido en lo sustancial, persistiendo, como se verá, los mismos problemas que no hacen posible una designación imparcial de magistrados que sirva como garantía del desarrollo de un encargo tan apreciable como es la defensa de la norma que ordena todo un sistema jurídico.

⁷⁸ Debe recordarse que inicialmente el Tribunal Constitucional discutió tres opciones que serían evaluadas en la reunión respectiva: la vacancia del cargo, la suspensión del magistrado o una acusación constitucional. Se decidió por la primera a través de la Resolución Administrativa 066-2013-P/TC del 3 de mayo 2013 y, según indicó su titular, Óscar Urviola, se descartó la mencionada acusación. TC declaró la vacancia de magistrado Ricardo Beaumont, en: diario El Comercio, sección política, 3 de mayo de 2013.

7.2.1.6 Los procesos de elección de magistrados del Tribunal Constitucional en el Perú

Bajo la vigencia de la Constitución de 1993, que fue la que estableció el Tribunal Constitucional como tal, se han llevado a cabo seis procesos de designación, no habiendo concluido todos con una elección definitiva.

En efecto, desde 1996 a la fecha el órgano encargado de la elección (Congreso de la República) ha establecido diversas comisiones especiales con la función de convocar a los aspirantes, desarrollar el proceso de deliberación y finalmente presentar una terna de candidatos al Pleno del Parlamento Nacional. Esta labor, como es natural, no resulta ser discrecional debido a la existencia de un marco normativo que debería actuar como parámetro para el ejercicio de las diversas actividades desarrolladas durante todo el período del proceso evaluador.

No obstante la presencia de una normativa sobre la materia, debe decirse, en honor a la verdad, que la falta de idoneidad de la misma ha determinado y determina en gran parte la persistencia de los problemas en los varios procedimientos de calificación de candidatos a magistrados del Tribunal Constitucional que hemos podido observar hasta la actualidad. Ciertamente, las reglas que tenemos son exiguas y no amplían al detalle del asunto regulado. Si bien se podría pensar que una normativa breve puede ser en algunos casos eficiente, también es cierto que el tipo de reglamentación debe ser consustancial al contexto en el que se aplicarán las medidas; de allí que un conjunto de normas mínima que permita un margen relativamente amplio de manipulación tienda a ser negativa. Esto sucede de modo visible en el caso de la elección de miembros del Tribunal Constitucional donde el órgano que tiene el

monopolio de la decisión es eminentemente político, lo que representa que la coyuntura nacional concentra el mayor peso al momento de tomarse las deliberaciones.

Desde la primera elección hasta hoy se ha aplicado el Reglamento Especial para la Elección de Magistrados del Tribunal Constitucional (Resolución 031-95-CCD, publicada el 26 de abril de 1995), que establece, en los hechos, solo seis artículos referidos al proceso de calificación de candidatos, lo que aunado a su evidente contenido desfasado (fue emitida por el Congreso Constituyente Democrático que fue resultado del Golpe de Estado del 5 de abril de 1992 y que estuvo en funciones entre 1993 y 1995, es decir, en un entorno palmariamente distinto al instaurado en los últimos tiempos), hace de esta norma una de vigencia inadecuada.

También, sobre esta materia, no podemos dejar de mencionar que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional solo contiene un artículo concreto (artículo 8) y otros adjuntos (artículos 9, 10, 11 y 12) que no otorgan una suficiente garantía de implementación de un debido proceso, con reglas claras y vinculantes, en la designación del miembros del Tribunal Constitucional.

Dicho lo anterior, pasaremos a revisar cada uno de los procesos de elección realizados, donde advertiremos que los vacíos regulatorios, propicios para la conveniencia política, han terminado por esclarecer la ausencia de criterios definidos y previsibles en una elección que deviene en trascendente para el Estado de Derecho en el país.

7.2.1.6.1 El proceso de elección de 1995

La primera Comisión Especial para la elección de magistrados del Tribunal Constitucional establecida bajo la vigencia de la Constitución de 1993, fue presidida por el congresista Carlos Torres y Torres Lara.

Las principales características que comprendieron el establecimiento de este primer grupo de trabajo se puede agrupar en la información que sigue:

- La Comisión Especial estuvo conformada por nueve (9) miembros.
- El Presidente de la Comisión Especial era miembro del partido de gobierno (Carlos Torres y Torres Lara, congresista por Alianza Fujimorista Cambio 90 - Nueva Mayoría).
- No todos los miembros de la Comisión Especial contaban con formación jurídica (Víctor Joy Way, Juan Guillermo Carpio, Julio Castro Gómez y Fernando Olivera). De los nueve miembros del grupo de trabajo, cuatro no tenían la profesión de abogado.
- Se recibieron cuarenta (40) candidaturas.
- La metodología de evaluación comprendió los siguientes aspectos:
 - 1) Se solicitó información sobre los candidatos a entidades como la Corte Suprema (se dio cuenta de que ningún candidato registró procesos penales, así como del tiempo de servicios de los postulantes que habían ejercido la Magistratura), Colegio de Abogados (para verificar si algún

postulante se encontraba inhabilitado para el ejercicio de la profesión), Fiscalía de la Nación (se dio cuenta de los postulantes que habían ejercido la Magistratura, confirmando que ninguno tenía medidas disciplinarias) y Cámara de Comercio del Perú (verificación de antecedentes crediticios de los candidatos. Se remitió letras protestadas de 4 postulantes).

2) Se resolvió ocho tachas, desestimándose todas.

3) La votación se realizó en forma personal y secreta por medio de balotas blancas y negras⁷⁹ (los tres candidatos más votados fueron: Aguirre Roca, Beaumont Callirgos y Díaz Valverde). Luego, se efectuó una segunda votación entre los postulantes que obtuvieron como mínimo 4 balotas blancas (quedando, adicionalmente a los más votados: Quispe Correa, Zolezzi Moller, Romero Diez Canseco y Pezúa Vivanco). Con tales resultados, se pasó a una “votación complementaria”, quedando la terna final conformada por los siguientes miembros según el orden de la votación mayor: Aguirre Roca, Díaz Valverde, Beaumont Callirgos, Pezúa Vivanco, Zolezzi Moller y Romero Diez Canseco. Resalta que el proceso de evaluación fue prácticamente discrecional, pues no existe acervo documentario que dé cuenta de que hayan existido otros criterios que no sean las votaciones secretas.

Si bien la elección final de los citados miembros llegó a concluirse por parte de la Comisión Especial con la votación realizada el 26 de junio de 1995, no logró materializarse en virtud de la renuncia de los miembros de la Comisión

⁷⁹ En esta primera etapa de votación no estuvo presente el congresista Fernando Olivera Vega por encontrarse con licencia oficial.

pertenecientes a los partidos de oposición el 28 de junio del mismo año. No siendo posible concluir con el trámite de la labor encomendada, el Presidente de la Comisión Especial solicitó al Presidente del Congreso disponer la recomposición de los miembros de dicho grupo de trabajo.

7.2.1.6.2 El proceso de elección de 1996

Frustrada la propuesta descrita en el punto anterior, el Pleno del Congreso, aprobó la conformación de una nueva Comisión Especial para la elección de magistrados del Tribunal Constitucional, la que tuvo las siguientes características:

- La Comisión Especial estuvo conformada por nueve miembros.
- El Presidente de la Comisión Especial era miembro del partido de gobierno (Carlos Torres y Torres Lara, congresista por Alianza Fujimorista Cambio 90 - Nueva Mayoría).
- No todos los miembros de la Comisión Especial tenían formación jurídica (Víctor Joy Way Rojas, Samuel Matsuda Nishimura y Fernando Olivera Vega⁸⁰). De los nueve miembros del grupo de trabajo, tres no eran abogados.
- Se recibieron cuarenta y uno (41) candidaturas.
- La metodología de evaluación comprendió los siguientes elementos:

⁸⁰ Se integró a la Comisión Especial, conjuntamente con los congresistas Aldo Estrada y Xavier Barrón, como consecuencia de las vacancias producidas a propuesta de los coordinadores de los grupos parlamentarios Unión por el Perú, Frente Independiente Moralizador y Partido Popular Cristiano – Renovación.

- 1) Los seis candidatos declarados aptos por la Comisión Especial anterior, manifestaron su voluntad de mantener sus postulaciones, por lo que fueron considerados para participar en el nuevo proceso de elección.
- 2) La Comisión Especial resolvió tres tachas, declarando improcedentes dos y fundada la correspondiente al candidato Horacio López Trigoso al amparo del artículo 11.3 de la Ley 26435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional⁸¹.
- 3) Se realizaron entrevistas públicas en una sola sesión⁸². Asimismo, en el Informe Final de la Comisión Especial se menciona que hubo evaluación curricular, sin embargo, en ambos casos no existe precisión del puntaje ni de los criterios tomados en cuenta.
- 4) Luego de la evaluación curricular se seleccionó a 26 candidatos aptos para la entrevista personal. Se precisa en el correspondiente Informe Final que se recibió información remitida por el Poder Judicial, Ministerio Público, Colegio de Abogados de Lima y Cámara de Comercio de Lima sobre los antecedentes de los postulantes.
- 5) A propuesta del Presidente de la Comisión Especial (en razón de tener “amplio consenso”), se votó inicialmente por los candidatos Aguirre Roca, García Marcelo y Zolezzi Moller, quienes obtuvieron 7 votos cada uno⁸³. Luego, se

⁸¹ “Artículo 11.- No pueden ser elegidos miembros del Tribunal: (...) 3. Los que han sido condenados o que se encuentran siendo procesados por delito doloso”.

⁸² La ronda de entrevistas a los candidatos se llevó a cabo en el Hemiciclo del Congreso de la República el 22 de marzo de 1996.

⁸³ Hubo un voto viciado del congresista Jorge Del Castillo, quien manifestó su postura porque se vote por cada uno de los candidatos y no en bloque (sesión de la Comisión Especial encargada de la elección de magistrados del Tribunal Constitucional de fecha 8 de abril de 1996).

votó por los otros postulantes y se consideró a los que obtuvieron 6 votos, quedando la terna final conformada por Aguirre Roca, García Marcelo, Zolezzi Moller, Acosta Sánchez, Antonioli Vásquez, Beaumont Callirgos, Belaunde Moreyra, Díaz Valverde, Pezúa Vivanco, Revoredo Marsano, Romero Diez Canseco y Seminario Dapello.

Presentada la propuesta, el Pleno del Congreso sometió a votación cada una de las candidaturas en dos sesiones⁸⁴. Ningún candidato alcanzó el mínimo de votos requerido.

En virtud de los antecedentes de falta de consenso, la mayoría de la Comisión de Constitución del Parlamento aprobó modificar el artículo 7 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en el extremo que en la segunda votación de candidatos no aprobados, se deba realizar una votación individual por cédulas, debiendo el Pleno del Congreso decidir si la votación era nominal o secreta.

Bajo tal precisión, el 16 de mayo de 1996 se realizó la votación entre los once postulantes, lográndose elegir únicamente a dos magistrados: Manuel Aguirre Roca (103 votos) y Francisco Acosta Sánchez (95 votos). Naturalmente, la falta de una designación integral generó una notoria devaluación en la imagen del Congreso, lo que sumado al hecho de la renuncia de algunos postulantes (Anotonioli, Zolezzi y Belaunde), dio pie a que se modificara nuevamente el artículo 7 de la Ley Orgánica del Tribunal con el siguiente texto: *“Cuando existan razones que lo justifiquen, y a petición de no menos del 20% de los Congresistas, podrá efectuarse, por acuerdo del Pleno, una*

⁸⁴ En sesiones del 10 y 18 de abril de 1996. En la primera sesión se realizó únicamente la votación del candidato Antonioli Vásquez a propuesta del congresista Rafael Rey Rey, donde pese a tener una alta aceptación (76 votos a favor), no obtuvo el mínimo requerido de acuerdo a ley.

convocatoria complementaria por invitación para elegir a candidatos a los cargos de Magistrados del Tribunal Constitucional cuyas vacantes no hubieran sido cubiertas. En tal caso, la votación será por lista cerrada, completa y mediante voto público en el Pleno del Congreso”⁸⁵.

Estando así el contexto legal, el presidente de la Comisión Especial, el 15 de junio de 1996, remitió a la Presidenta del Congreso “(...) *la propuesta presentada por un importante grupo multipartidario de congresistas invitando a cinco candidatos para cubrir los puestos vacantes en el Tribunal Constitucional*”. Los candidatos eran: Nugent López-Chávez, Rey Terry, García Marcelo, Díaz Velarde y Revoredo Marsano. Igualmente se precisó que los citados postulantes habían aceptado la invitación. En la comunicación, el Presidente de la Comisión Especial solicitó se dé lectura a la propuesta a efecto de que se realice la convocatoria respectiva y, de esta forma, el Pleno pueda votarla. Finalmente, y como era previsible, el Pleno del Congreso aprobó la propuesta.

7.2.1.6.3 El proceso de elección de 2002

El procedimiento llevado a cabo por la Comisión Especial del Congreso de la República encargada de la elección de magistrados del Tribunal, conformada en el 2002, tuvo las siguientes características:

- La propuesta de los miembros de la Comisión Especial fue aprobada por el Pleno del Congreso en función del acuerdo partidario de los portavoces.
- La Comisión Especial estuvo conformada por cinco miembros.

⁸⁵ Artículo Único, Ley 2662, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 14 de junio de 1996.

- El Presidente de la Comisión Especial era miembro del partido de gobierno (Marcial Ayaipoma Alvarado, congresista por Perú Posible).
- No todos los miembros de la Comisión Especial tenían formación jurídica (Marcial Ayaipoma Alvarado y Rafael Valencia Dongo Cárdenas). De los cinco miembros del grupo de trabajo, dos no eran abogados.
- La Comisión Especial aprobó su propio Plan de Trabajo.
- En la convocatoria pública se anotaron los requisitos regulados por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y se precisa el requerimiento de gozar de una conocida reputación de integridad e independencia.
- Realizada la convocatoria, se recibieron sesenta y cuatro (64) candidaturas.
- La metodología de evaluación comprendió los siguientes aspectos:
 - 1) La Comisión Especial resolvió cuatro tachas y una denuncia contra el candidato Alva Orlandini. Las tachas fueron desestimadas y la denuncia no fue aceptada por no existir incompatibilidad con el ejercicio del patrocinio legal a un tercero.
 - 2) La evaluación curricular tuvo el 50% del puntaje total. Los criterios fueron comprendidos sin establecerse puntaje específico para cada uno: grados y títulos, ejercicio como magistrado, docencia, actividad en defensa de la

democracia, actividad en defensa de los derechos humanos, publicaciones, conferencias y condecoraciones.

- 3) La evaluación personal (entrevistas) tuvo un valor de 30% del puntaje total. Los criterios no contaron con especificación del puntaje: personalidad, facilidad de expresión y precisión en las respuestas.
- 4) Se previó una evaluación adicional referida a la independencia y así fue presentado por terceros o respaldado por alguna institución. Este componente tuvo un porcentaje de 20% en la calificación final.
- 5) Luego de realizar las entrevistas a todos los candidatos se procedió a una preselección progresiva. En la sesión del 6 de marzo de 2002 se eligió a 20 candidatos; en la sesión del 14 de marzo de 2002 a 12 candidatos y en la sesión del 26 de marzo de 2002 se redujo la lista a 8 candidatos a fin de que se ocupen las 4 plazas vacantes. Los postulantes propuestos al Pleno fueron: Alva Orlandini, Bardelli Lartitigoyen, Beaumont Callirgos, García Toma, Gonzales Ojeda, Paz De la Barra, Rodríguez Domínguez y Zegarra Russo.

El Pleno del Congreso, en aplicación del artículo 57.b de su reglamento, votó en público y de forma nominal, siendo elegidos magistrados del Tribunal Constitucional: Alva Orlandini (97 votos), Bardelli Lartitigoyen (96 votos), García Toma (92 votos) y Gonzales Ojeda (103 votos).

7.2.1.6.4 El proceso de elección de 2004 y 2005

De acuerdo con el Informe Final de la Comisión Especial encargada de recibir propuestas y seleccionar a los candidatos

aptos para ser elegidos miembros del Tribunal Constitucional, la elección de los posibles candidatos que debían reemplazar a Guillermo Rey Terry⁸⁶, Manuel Aguirre Roca⁸⁷ (por causa del fallecimiento de ambos) y Delia Revoredo Marsano⁸⁸ (por la culminación de su período el 8 de diciembre de 2004), tuvo las siguientes características:

- La propuesta de los miembros de la Comisión Especial fue aprobada por el Pleno del Congreso en función del acuerdo partidario de los portavoces (se aprobó con 86 votos a favor, no hubo ningún voto en contra).
- La Comisión Especial estuvo conformada por ocho miembros.
- El Presidente de la Comisión Especial era miembro del partido de gobierno (Henry Pease García, congresista por Perú Posible).
- No todos los miembros de la Comisión Especial tenían formación jurídica (Henry Pease García, César Acuña Peralta, Héctor Chávez Chuchón y Luis Guerrero Figueroa). De los ocho miembros del grupo de trabajo, cuatro (la mitad) no eran abogados.
- La Comisión Especial, luego de instalada, aprobó su propio plan de trabajo.

⁸⁶ La vacancia del cargo del magistrado Rey Terry se estableció mediante Resolución Administrativa del Tribunal Constitucional 040-P/TC de fecha 4 de mayo de 2004.

⁸⁷ La vacancia del cargo del magistrado Aguirre Roca se estableció mediante Resolución Administrativa del Tribunal Constitucional 057-P/TC de fecha 21 de junio de 2004.

⁸⁸ La comunicación del fin del período de la magistrada Revoredo Marsano como miembro del Tribunal Constitucional, la cursó este al Congreso de la República mediante oficio 224-2004-PI/TC de fecha 2 de setiembre de 2004.

- En la convocatoria pública realizada no se precisan los requisitos, remitiéndose para tales efectos a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.
- Se recibieron cincuenta (50) candidaturas.
- La metodología de evaluación comprendió los siguientes elementos:
 - 1) Se solicitó información sobre los candidatos a entidades como la Corte Suprema (se dio cuenta de que ningún candidato registró procesos por delitos dolosos o sentencias condenatorias), Colegio de Abogados (para verificar tiempo de colegiatura), Ministerio del Interior (se dio cuenta que ningún candidato registró antecedentes policiales) e INDECOPÍ (verificación de inexistencia de declaración de insolvencia o quiebra de los candidatos).
 - 2) La evaluación curricular contó con un máximo de 35 puntos y los criterios considerados fueron: grados y títulos (10 puntos), ejercicio docente (8 puntos), ejercicio profesional (6 puntos), publicaciones (5 puntos), conferencias (4 puntos) y condecoraciones (2 puntos).
 - 3) La evaluación personal (entrevistas) no incorporó criterios expresos. Esta evaluación tuvo un máximo de 65 puntos.
 - 4) Se resolvió 16 tachas, declarándose infundadas todas.
 - 5) Luego de las entrevistas, cada miembro de la Comisión Especial tuvo el plazo de una semana para “revisar” sus calificaciones y presentarlas para la elaboración del ranking ponderado de calificación de los candidatos.

6) La presentación de la propuesta al Pleno no coincidió con los tres primeros lugares del ranking ponderado. Los tres primeros puestos en el puntaje fueron los candidatos Landa Arroyo (93.50), Mesía Ramírez (81.50) y Falconí Picardo (73.16); sin embargo, “después de un proceso deliberativo” los miembros de la Comisión Especial llegaron a un “consenso” y se propuso las dos ternas siguientes (en caso que la primera no alcanzara la votación mínima, se procedía a votar la segunda)⁸⁹: a) Landa Arroyo, Vergara Gotelli (puesto 8 en el ranking) y Alarcón Quintana (puesto 4 en el ranking) y b) Mesía Ramírez, Falconí Picardo y Ríos Castillo (puesto 13 en el ranking).

Luego del trabajo culminado por la Comisión Especial, el Pleno del Congreso tuvo que decidir las propuestas el 16 de diciembre de 2004⁹⁰. Resalta que el congresista Guerrero Figueroa, miembro de la Comisión Especial que no firmó la propuesta final, pidió una cuestión previa para que se vote en función del ranking ponderado, lo que fue desestimado por el Pleno. La votación, que fue secreta a través de cédulas, se realizó por la primera propuesta, siendo elegidos Landa Arroyo (83 votos) y Vergara Gotelli (84 votos), mientras que Alarcón Quintana no alcanzó la votación mínima (solo obtuvo 57 votos)⁹¹.

Seis meses después, el 15 de junio de 2005 el Pleno del Congreso de la República⁹² sometió a una segunda votación la candidatura de Alarcón Quintana, quien tampoco alcanzó la

⁸⁹Propuesta alcanzada mediante oficio 013-2004-CE-TC/CR-HPG de fecha 14 de diciembre de 2004.

⁹⁰27º G Sesión Ordinaria del Pleno del Congreso de la República correspondiente a la Primera legislatura Ordinaria de 2004.

⁹¹ La designación se publicó en el diario oficial El Peruano, mediante Resolución Legislativa del Congreso 018-2004-CR, el 21 de diciembre de 2004.

⁹²9º A-1 Sesión Ordinaria del Pleno del Congreso de la República correspondiente a la Segunda Legislatura Ordinaria de 2004.

votación requerida (solo 53 votos a favor). Luego, el Presidente del Congreso, Antero Flores–Araoz, dispuso que se someta a votación la siguiente terna; no obstante y a pedido del congresista Pease García, se postergó la votación hasta llegar a “nuevos consensos”⁹³.

El 23 de junio de 2005, el Pleno del Congreso de la República⁹⁴ sometió a votación la segunda terna presentada por la Comisión Especial, siendo que ninguno de los candidatos alcanzó la votación mínima. Así, el 13 de julio de 2006⁹⁵ se realizó una cuarta votación de dicha terna con el criterio de votación individual y en el orden propuesto, por lo que Mesía Ramírez fue el primero en ser considerado, alcanzando una aprobación de 81 votos y designado entonces, nuevo miembro del Tribunal Constitucional. Llamó la atención que la elección fue de manera pública y mediante tablero electrónico.

7.2.1.6.5 El proceso de elección de 2007

El proceso de elección de los nuevos magistrados del Tribunal Constitucional destinados a reemplazar a Magdiel Gonzales Ojeda, Javier Alva Orlandini, Juan Bautista BardelliLartirigoyen y Víctor García Toma⁹⁶, se inició con la comunicación cursada por el Presidente de este órgano a la Presidenta del Congreso de la República⁹⁷. Así, el Pleno del Congreso, a propuesta de los portavoces de los grupos parlamentarios, conformó la Comisión Especial encargada de recibir propuestas y seleccionar a los

⁹³El pedido de postergación fue aprobado con 72 votos a favor, 13 en contra y 3 abstenciones.

⁹⁴9º E-1 Sesión Ordinaria del Pleno del Congreso de la República correspondiente a la Segunda Legislatura Ordinaria de 2005.

⁹⁵20º B Sesión Ordinaria del Pleno del Congreso de la República correspondiente a la Segunda Legislatura Ordinaria de 2005.

⁹⁶El fin del período de los cuatro magistrados citados se cumplió el 9 de junio de 2007.

⁹⁷Oficio 005-2007-P/TC de fecha 8 de enero de 2007, remitido por el Presidente del Tribunal Constitucional, César Landa, a la Presidenta del Congreso de la República, Mercedes Cabanillas.

candidatos a magistrados del Tribunal Constitucional⁹⁸. La elección contó con las siguientes características:

- La propuesta de los miembros de la Comisión Especial fue aprobada por el Pleno del Congreso en función del acuerdo partidario de los portavoces (se aprobó con 89 votos a favor, ningún voto en contra y 3 abstenciones).
- La Comisión Especial estuvo conformada por siete miembros.
- El Presidente de la Comisión Especial era miembro del partido de gobierno (Aurelio Pastor Valdivieso, congresista del Partido Aprista).
- La mayoría de los miembros de la Comisión Especial tenían formación jurídica (solo Eduardo Espinoza Ramos no era abogado, siendo un reconocido matemático).
- La Comisión Especial, luego de instalada, aprobó su propio plan de trabajo.
- En la convocatoria pública realizada no se precisaron los requisitos para los candidatos, remitiéndose para tales efectos a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.
- Se recibieron setenta y dos (72) candidaturas.
- La Comisión Especial desestimó las tachas presentadas contra cinco postulantes. Asimismo, se excluyó a dos candidatos por encontrarse inmersos en los impedimentos del artículo 12 de la Ley 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

⁹⁸Sesión del Pleno del Congreso de la República de fecha 19 de enero de 2007.

- Se acordó que las entrevistas a los candidatos serían reservadas a fin de preservar el derecho a la intimidad del evaluado.
- La metodología de evaluación comprendió los siguientes aspectos:
 - 1) La Comisión Especial aprobó la publicación de los veinte postulantes mejor evaluados.
 - 2) Se solicitó información sobre los candidatos a entidades como la Corte Suprema (para verificar registro de procesos por delitos dolosos o sentencias condenatorias, y años en el ejercicio de la magistratura), Colegio de Abogados (para verificar tiempo de colegiatura), Ministerio del Interior (se dio cuenta que ningún candidato registró antecedentes policiales) e INDECOPI (verificación de inexistencia de declaración de insolvencia o quiebra de los candidatos).
 - 3) La evaluación curricular tuvo un máximo de 40 puntos. Los criterios considerados fueron: grados y títulos (10 puntos), ejercicio docente (10 puntos), ejercicio profesional (8 puntos), publicaciones (6 puntos), conferencias (4 puntos) y condecoraciones (2 puntos).
 - 4) La evaluación de las entrevistas personales comprendió hasta un máximo de 60 puntos. No existen criterios sobre el particular en el Plan de Trabajo.

La Comisión Especial, a través de su Presidente, propuso al Pleno del Congreso de la República⁹⁹, la relación de candidatos para efectos de su elección: Alarcón Quintana, Eto Cruz, Paz de la Barra y Ríos Castillo. La propuesta fue aprobada por el Pleno¹⁰⁰ con 84 votos a favor, 20 en contra y 3 abstenciones, declarándose la elección de los citados candidatos como miembros del Tribunal Constitucional.

Esta elección fue una de las que más expectativa causó, siendo que luego de realizada los cuestionamientos continuaron, sobre todo porque no se cumplieron algunas exigencias que se demandaron desde diversos sectores de la población. Se rechazaron aspectos como la falta de publicación de las hojas de vida de los candidatos, la reserva de las entrevistas, la ausencia de explicación sobre los criterios que se usaron para incluir y excluir, entre otros.

Sin embargo, al día siguiente de la elección, se publicó a través de los medios de comunicación¹⁰¹ una foto tomada con posterioridad a la designación del electo magistrado Javier Ríos Castillo, almorzando en un salón privado de un conocido restaurante de Lima con Agustín Mantilla (ex ministro del Interior aprista, cuyo video recibiendo dinero de Vladimiro Montesinos fue público), Óscar López Meneses (sentenciado por compra de equipos de chuponeo y allegado de Vladimiro Montesinos), el general E.P. Roberto Vértiz y el comandante EP José “Chino” Cuadra, ambos militares en actividad. Naturalmente, esta publicación generó una serie de cuestionamientos por parte de la opinión pública al indicado candidato elegido, por lo que luego de conocida la noticia en su contra, puso a disposición del

⁹⁹Oficio 130-2007-CEESPMTC-CR dirigida a la Presidenta del Congreso de la República, Mercedes Cabanillas Bustamante, de fecha 13 de junio de 2007.

¹⁰⁰Sesión Ordinaria del Pleno del Congreso de la República, de fecha 13 de junio de 2007.

¹⁰¹Revista Caretas, N° 1980, Lima, 14 de junio de 2007.

Parlamento su declinación al nombramiento recibido. Refirió que la reunión con las personas citadas fue una celada y que no tenía ninguna relación con los mismos, enfatizando que no cometió delito ni acto irregular alguno¹⁰². La renuncia fue aprobada por el Pleno del Congreso el 14 de junio de 2007, con 63 votos a favor, ninguno en contra y 1 abstención.

El 20 de junio de 2007 se votó la reconsideración de la votación para magistrados del Tribunal Constitucional realizada el 13 de junio de 2007, quedando el resultado como sigue: 97 votos a favor, sin votos en contra ni abstenciones. Al respecto, debe anotarse que la iniciativa, que fue del congresista Javier Velásquez Quesquén, tuvo fundamento en el artículo 58 del Reglamento del Congreso¹⁰³, quedando pendiente, en consecuencia, una próxima votación.

Posteriormente, la Junta de Portavoces del Congreso, acordó dejar sin efecto la votación de elección de miembros del Tribunal Constitucional y establecer que el proceso de elección regresaba

¹⁰² La carta fue presentada el 14 de junio de 2007. Debe señalarse que posteriormente, mediante carta de fecha 19 de julio de 2007, desistió de su inicial solicitud y solicitó se cumpla su elección.

¹⁰³ **“Rectificación de las votaciones, reconsideraciones y quórum**

Artículo 58. *Cualquier Congresista puede solicitar que se rectifique la votación sólo cuando ésta se haya realizado levantando la mano y exista duda sobre su resultado. Para tal efecto, el Presidente solicitará que los Congresistas expresen su voto poniéndose y permaneciendo en pie. Cuando la votación se efectúe mediante el Sistema de Votación Electrónica, no procederá la rectificación. En este caso, y por excepción, el Presidente podrá ordenar que se repita la votación utilizando el procedimiento antes mencionado.*

Las reconsideraciones se presentan por escrito luego de las votaciones y su aprobación requiere el voto de más de la mitad del número legal de Congresistas. No proceden los pedidos de reconsideración sobre una reconsideración previamente votada, con excepción del pedido que presenten por una sola vez los voceros de los grupos parlamentarios que representen a los 3/5 del número legal de Congresistas, los que para su aprobación requieren el voto de los 2/3 del número legal de Congresistas. No se puede presentar reconsideraciones después de aprobada el acta o de la dispensa de dicha aprobación.

Al inicio de cada sesión y después de pasar lista, el Presidente informará al Pleno el quórum legal de la sesión.

Cuando el resultado de alguna votación sea inferior al quórum establecido, el Presidente queda autorizado para volver a someter el tema a votación el mismo día, sin necesidad de que sea tramitado con una reconsideración y continuándose la sesión con el debate de otros asuntos.”

al estado en el que se determinaron los 16 candidatos finalistas por la Comisión Especial¹⁰⁴.

Es pertinente precisar que la elección y casi inmediata anulación de la designación de Javier Ríos Castillo tuvo tantos antecedentes como consecuencias nada felices, que contribuyeron a que su caso constituya un verdadero precedente negativo en la ejecución de los procesos de elección de magistrados del Tribunal Constitucional.

En efecto, debe traerse a colación que en la etapa previa a la elección realizada por el Pleno del Congreso, el citado candidato fue objeto de múltiples señalamientos, lo que motivó que durante el proceso de deliberación, el candidato remitiera una carta de aclaración al Presidente de la Comisión Especial¹⁰⁵, precisando que la información publicada por internet respecto de encontrarse involucrado en procesos penales en giro, era incorrecta, pues las causas iniciadas en su contra por la Universidad Ricardo Palma fueron archivadas de forma definitiva sin encontrarse responsabilidad en su persona. Asimismo, luego de efectuada su elección el propio Ríos Castillo desistió a su renuncia presentada, indicando que debe darse cumplimiento a su designación realizada por el órgano legislativo. Ante la falta de providencia a este pedido por parte del Congreso, inició un proceso de amparo donde se dispuso, mediante medida cautelar, se ejecute su elección. Así, el 7 de abril de 2010, el Quinto Juzgado Constitucional de Lima a cargo del juez Raúl Rosales Mora falló a favor de un amparo ordenando su reposición, refiriendo que el Congreso aceptó la renuncia de Ríos Castillo *“sin considerar que no existía tal renuncia sino la*

¹⁰⁴ Acta de la 56ª Sesión de la Junta de Portavoces del Congreso de la República, de fecha 18 de junio de 2007.

¹⁰⁵ Carta dirigida a la Comisión Especial encargada de seleccionar a los postulantes para magistrados del Tribunal Constitucional, de fecha 3 de mayo de 2007.

declinación de su cargo de magistrado del Tribunal Constitucional como su voluntad expresa para que se investiguen hechos ajenos a la voluntad de las partes, investigación que nunca se llevó a cabo". Según el juez, "esta falta de investigación **vulnera los derechos fundamentales del actor, al no disponer un acto que había sido exigido expresamente**" y que "en la Constitución en ninguna circunstancia le asigna al Congreso la competencia para aceptar la renuncia de un magistrado del TC". Se concluyó declarando fundada la demanda y declarando "inaplicable" su renuncia como magistrado del Tribunal Constitucional, por lo que ordena al Congreso su inmediata reposición. Ante el natural revuelo público generado por esta decisión judicial¹⁰⁶, el mismo juez autor del mandato lo corrigió y determinó la correspondiente suspensión de sus efectos.

Es conveniente puntualizar que dicha decisión judicial propició un nuevo enfrentamiento entre el Poder Judicial y el Congreso de la República, pues sin conocer la corrección que realizó el juez que dispuso la orden cautelar, el entonces Presidente del Poder Judicial, Javier Villa Stein, exigió al Poder Legislativo cumplir la sentencia y reponer a Ríos castillo en los términos siguientes: "*El señor Ríos fue nombrado miembro del TC aquí en el Congreso. No lo nombró el Poder Judicial. Cuando un nombramiento así vulnera los derechos fundamentales, le corresponde ser valorado por el Poder Judicial (...) La medida cautelar tiene que ser respetada y cumplida de inmediato*"¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Por la medida cautelar inicialmente dictada por el juez Rosales Mora, este fue denunciado penalmente por el Congreso ante el Ministerio Público por prevaricato y quejado ante la Oficina de Control de la Magistratura. Además, ya se había formulado la apelación a su sentencia por parte de la Procuraduría del Parlamento para evitar la reposición.

¹⁰⁷ Juez suspende resolución a favor de Ríos, en: Diario La República, Lima, 18 de febrero de 2010, p.6.

En todo caso, y volviendo al tema de la decisión del Parlamento de anular la elección en el que Ríos Castillo alcanzó un cupo y como producto de ello, volver a la etapa previa de su elección con la lista de 16 candidatos, se sometió al Pleno del Congreso, el 27 de junio de 2007, la votación de los postulantes, alcanzando solo uno de ellos (Beaumont Callirgos) el mínimo requerido, por lo que fue declarado elegido formalmente. Con ello, aún quedaba pendiente la designación de los magistrados que debían cubrir las otras plazas vacantes.

Ante la inminente “continuación” de la etapa de evaluación de los demás candidatos, los juristas Carlos Ramos Núñez y Ernesto Blume Fortini, ambos de amplia y notable trayectoria, mediante carta dirigida a la Presidenta del Congreso de la República¹⁰⁸, comunicaron la renuncia a su postulación, alegando que se sentían maltratados por la forma en que el Congreso condujo la elección. Debe recordarse que ellos ocuparon el segundo y tercer lugar en la evaluación realizada por la Comisión Especial. Las razones de la renuncia conformaron seis puntos, que son pertinentes sintetizar:

1. El Congreso sin publicar previamente los resultados de la evaluación curricular y de la entrevista, y sin conocer oficialmente el puntaje obtenido, optó por nombrar “*violando la Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y su Reglamento*”. El sistema de cuotas partidarias provocó la polémica lista de cuatro magistrados, que fuera desbaratada después por un “escándalo público”. Se expresó que “*extrañamente*”, después del escándalo, se propaló una lista en la que los 17 candidatos finalistas figuraban con el mismo calificativo aritmético de 65.

¹⁰⁸Carta de fecha 4 de julio de 2007.

2. La nueva votación realizada por la Comisión Especial, luego de anulada la elección por el Pleno, tuvo un criterio político partidista con “inocultable secretismo y verticalidad”, no hubo, salvo excepciones, un *“voto de conciencia, como se exige para esta clase de sufragio (...). No por un capricho personal, menos por una consigna”*.
3. Se precisa que en el actual modelo de elección el esfuerzo personal, la trayectoria profesional y la ejecutoria cívica, así como la probidad e idoneidad, no tienen ningún valor. Se señaló textualmente: *“(...) con absoluta mezquindad, se arguye erradamente que se trata de una elección política y, por lo tanto, que ello obliga a un pacto político previo (...) (al cual se denomina irónicamente concertación (...), de suerte que las bancadas mayoritarias tengan su candidato, en un inaceptable toma y daca. Yo apoyo a tu candidato si tú apoyas al mío, en un marco insólito de desconfianza mutua”*. Se añadió que el significado es claro: *“¡hacemos lo que queremos! No nos interesan las calidades ni los méritos personales ni lo que manda la Constitución en su auténtico sentido (...) Si queremos –se piensa- castigamos el mérito y premiamos la conveniencia, obligando a los candidatos a solicitarles apoyo, en acto que hiere la dignidad”*. En esta línea, se reprueba que con este modo de actuar, el Congreso contradice la política de Estado de institucionalizar la meritocracia en la función pública.
4. De acuerdo con el Derecho Comparado, se debería prever en la elección del Congreso mecanismos de idoneidad. Así, si la elección es finalmente política, se deberían poner a todos los postulantes a consideración del Pleno, sin necesidad de formar una comisión de méritos.

5. No consideran que exista auténtica voluntad de cambiar los criterios de elección, por lo que no serán parte de una *“repartija política, ya tomada de antemano”*.
6. La naturaleza de un Tribunal Constitucional no guarda correspondencia con una elección de sus magistrados donde prima el voto por consigna.

Igualmente, es oportuno señalar que, con anterioridad, el candidato Quintanilla Loaiza dirigió una carta a la Presidenta del Congreso¹⁰⁹ expresando la *“clara falta de transparencia”* de la Comisión Especial (solicitando videos y transcripciones de las entrevistas, publicación de los criterios para incluir y excluir, sesiones públicas, entre otros) y recomendando la implementación de mecanismos *“más democráticos”* para que el Congreso tenga mayor credibilidad y respeto de la población.

De acuerdo con el Informe Preliminar de la Comisión Especial presentada el 13 de agosto de 2007, e independientemente de las renuncias de Blume Fortini y Ramos Núñez, se precisó que la labor de la Comisión culminó con la propuesta al Pleno de los 16 candidatos referidos.

Pese a las conclusiones de la Comisión Especial, el 6 de setiembre de 2007 y a propuesta del Presidente de la Comisión de Constitución y Reglamento (Javier Velásquez), el Pleno del Congreso votó cuatro ternas de candidatos. Se aprobó (con 92 votos a favor, sin votos en contra ni abstenciones) la primera terna conformada por los postulantes Eto Cruz, Álvarez Miranda y Calle Hayen, declarándose elegidos magistrados del Tribunal Constitucional.

¹⁰⁹Carta dirigida a la Presidenta del Congreso de la República, Mercedes Cabanillas Bustamante, de fecha 12 de junio de 2007.

7.2.1.6.6 El proceso de elección de 2010

El Presidente del Tribunal Constitucional comunicó al Presidente del Congreso de la República¹¹⁰ la necesidad de la nueva elección de magistrados del Tribunal Constitucional, en virtud del fin del período de dos de ellos el 27 de diciembre de 2009: César Rodrigo Landa Arroyo y Juan Francisco Vergara Gotelli.

Así, el Pleno del Congreso, a propuesta de los portavoces de los grupos parlamentarios, conformó la Comisión Especial encargada de recibir las propuestas y seleccionar a los candidatos que, a su juicio, merecen ser declarados aptos para ser elegidos magistrados del Tribunal Constitucional¹¹¹.

La elección contó con las siguientes características:

- La propuesta de los miembros de la Comisión Especial fue aprobada por el Pleno del Congreso en función del acuerdo partidario de los portavoces (se aprobó con 89 votos a favor, ningún voto en contra y 3 abstenciones).
- La Comisión Especial estuvo conformada por nueve miembros.
- El Presidente de la Comisión Especial era miembro del partido de gobierno (Humberto Falla Lamadrid, congresista del Partido Aprista).

¹¹⁰ Mediante oficio 42-2009-P/TC de fecha 26 de junio de 2009.

¹¹¹ Sesión del Pleno del Congreso de la República de fecha 22 de octubre de 2009..

- No todos los miembros de la Comisión Especial tenían formación jurídica (de los nuevos, cuatro nos eran abogados¹¹²).
- La Comisión Especial, luego de instalada, aprobó su propio plan de trabajo y cronograma de actividades. Resalta que se incluyó la participación de la Asociación Civil Transparencia en condición de veedor, para lo cual se precisó que se le cursaría invitación.
- En la convocatoria pública no se precisaron los requisitos, remitiéndose para tales efectos a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.
- Se recibieron cincuenta y dos (52) candidaturas¹¹³.
- La Comisión Especial declaró fundadas ocho tachas de las veintiuno presentadas contra quince postulantes.
- Se acordó, ante el pedido del Consejo de la Prensa Peruana¹¹⁴, que las entrevistas a los candidatos debían ser públicas. Sin embargo, en acuerdo posterior¹¹⁵, se determinó que las entrevistas a los postulantes que pasen la etapa de entrevista curricular, no serían transmitidas en vivo.

¹¹² El congresista José Urquiza Maggía fue reemplazado por el congresista Fredy Otárola Peñaranda, mediante oficio 179-2009-2010-DP-D/CR dirigida por el Director General Parlamentario al Presidente del Congreso de la República. Asimismo, el Pleno del Congreso en sesión del 17 de diciembre de 2009 acordó el reemplazo del congresista Juvenal Ordoñez Salazar por Víctor Mayorga Miranda.

¹¹³ El número se redujo a 49 con la posterior renuncia de tres postulantes

¹¹⁴ Acuerdo de la Comisión Especial establecido en su sesión ordinaria N° 4 de fecha 10 de febrero de 2010. En esta misma sesión se aprobó el pedido del Instituto de Defensa Legal para actuar como veedor.

¹¹⁵ Acuerdo de la Comisión Especial establecido en su sesión ordinaria N° 4 (continuación) de fecha 18 de febrero de 2010.

- La metodología de evaluación se puede sintetizar de la siguiente forma:

1) La Comisión Especial aprobó la publicación de los diez aspirantes mejor evaluados al finalizar la etapa de entrevista. Sin embargo, antes de la entrevista curricular fueron declarados aptos solo diez candidatos.

2) Se requirió información sobre los candidatos a entidades como la Corte Suprema, Congreso de la República, Presidencia del Consejo de Ministros, Ministerio del Interior, Ministerio Público, Consejo Nacional de la Magistratura, Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), Instituto Nacional Penitenciario, Colegio de Abogados de Lima, Colegio de Abogados del Callao y Cámara de Comercio de Lima.

3) La evaluación curricular tuvo un máximo de 40 puntos. Los criterios considerados fueron los siguientes: grados, títulos y estudios académicos (15 puntos), capacitación y otras actividades (5 puntos), ejercicio profesional (15 puntos), publicaciones y reconocimientos (5 puntos). Asimismo, se aprobó por unanimidad establecer en veintiocho (28) el puntaje mínimo que los postulantes debían alcanzar en la evaluación curricular para poder pasar a la entrevista personal.

4) Se acordó, por unanimidad, que la Comisión Especial debía presentar al Pleno del Congreso dos ternas de candidatos.

5) La evaluación de las entrevistas personales representó hasta un máximo de 60 puntos. No existieron criterios en el

Plan de Trabajo sobre este asunto. Debe anotarse que los congresistas remitieron los puntajes sin especificar consideración alguna, existiendo puntajes desde 0 hasta 60.

El consolidado de los resultados de la evaluación curricular y la entrevista personal fue de acuerdo al orden de mérito: 1) Ramos Núñez, 2) Miranda Canales, 3) Urviola Hani, 4) Chanamé Orbe, 5) Osorio Arrascue, 6) Seijas Rengifo, 7) López Santos, 8) Lamadrid Ibañez, 9) Ramírez Erazo¹¹⁶ y 10) Quintanilla Loaiza. Se aprobó por unanimidad presentar al Pleno del Congreso la terna de los tres primeros candidatos.

Debe precisarse que inicialmente la Comisión Especial acordó, por unanimidad, presentar únicamente al Pleno del Congreso a los dos primeros candidatos en orden de mérito; sin embargo, ante el pedido de la Junta de Portavoces, luego se decidió incluir al tercer candidato de la lista. Sobre este particular, es importante referir que la Comisión Especial decidió, al inicio, solo incluir a los dos primeros candidatos porque fueron ellos quienes obtuvieron el voto unánime de los miembros¹¹⁷, siendo que los demás no obtuvieron los dos tercios de la votación que se había acordado. Incluso, la Comisión rechazó en un principio el pedido de reconsideración de la votación del candidato tercero (Urviola Hani) formulado por dos congresistas¹¹⁸.

¹¹⁶ Con posterioridad a la publicación de la lista de diez candidatos aptos, el Colegio de Abogados de Lima remitió el oficio 065-2010-DEP/CAL del 5 de marzo de 2010, donde informa que el postulante Ramírez Erazo fue sancionado por el Consejo de Ética con medida disciplinaria de suspensión de tres meses en el ejercicio de la profesión, decisión que fue confirmada por el Tribunal de Honor. Pese a esta información, el citado candidato continuó en el proceso de evaluación.

¹¹⁷ Incluso el Presidente de la Comisión Especial formalizó la presentación de solo los dos primeros candidatos mediante oficio 136-2009-2010-CEESCTC-CR, de fecha 8 de marzo de 2010, dirigida al Presidente del Congreso de la República, Luis Alva Castro.

¹¹⁸ Pedido formulado por los congresistas Rolando Sousa y Víctor Andrés García Belaúnde, en la sesión extraordinaria N° 3 de la Comisión Especial, de fecha 8 de marzo de 2010.

El 21 de abril de 2010, el Pleno del Congreso votó uno a uno los tres candidatos propuestos, concluyendo el resultado en que ninguno alcanzó el mínimo de votos requerido de acuerdo a ley, por lo que la elección quedaba aplazada. El día siguiente el candidato Manuel Miranda Canales, mediante carta y sin detallar razones, renunció a su postulación, lo que fue debidamente comunicado al Pleno del Congreso el mismo día¹¹⁹.

Ante la falta de acuerdo, con fecha 20 de mayo de 2005, se sometió a reconsideración la votación de los dos candidatos que obtuvieron más votos a favor: Ramos Núñez (75) y Urviola Hani (57). La reconsideración fue aprobada, procediéndose a la votación del primer candidato (Ramos Núñez) el 3 de junio de 2010, donde solo alcanzó 77 votos a favor, por lo que nuevamente se frustró su designación.

Posteriormente, el 10 de junio de 2010 se votó la candidatura de Urviola Hani, quien sí alcanzó la votación exigida, por lo que fue declarado electo magistrado del Tribunal Constitucional, procediéndose a la publicación respectiva en el diario oficial El Peruano el 16 de junio de 2010.

Debe señalarse que, estando pendiente una nueva votación del postulante Ramos Núñez como consecuencia de la reconsideración solicitada por el congresista Fredy Otárola Peñaranda, el citado candidato presentó su renuncia con fecha 14 de junio de 2010, explicando las razones siguientes:

- Pese al trabajo técnico de la Comisión Especial, no existe el respaldo político del Parlamento para su designación

¹¹⁹ Oficio 157-2009-2010-CESCTC-CR del 22 de abril de 2010, dirigida por el Presidente de la Comisión Especial.

meritoria, siendo que ocupó el primer puesto con una diferencia muy significativa frente a los otros competidores.

- Considera que existe veto político por ser profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y que ha optado por realizar actividades académicas en el extranjero.

7.2.1.7 El balance de los procesos de elección de magistrados del Tribunal Constitucional en el Perú

De los antecedentes en materia de procesos de elección de magistrados llevados a cabo en el Perú, se puede concluir que no existe uniformidad entre los procedimientos desarrollados en el seno del Congreso de la República. Aclaramos, en todo caso, que la uniformidad que nos interesa recae en el escenario de garantizar un proceso imparcial y previsible, y no uniformidad en asuntos que inciden únicamente en el factor político, donde sí parece existir una constante.

7.2.1.7.1 La conformación de los miembros de la Comisión Especial encargada de elegir a los miembros del Tribunal Constitucional

Efectivamente, y tal como se ha expuesto, se aprecia que en la integridad de procesos de designación ejecutados, el Presidente del órgano que sirve de filtro para la votación en el Pleno es siempre un parlamentario del partido de gobierno. De la misma manera, los demás integrantes que conformarán la Comisión Especial encargada de la elección de magistrados del Tribunal Constitucional son elegidos por el Pleno sin existir requisito alguno para ostentar el cargo de comisionado (lo mismo sucede para el caso del Presidente). La regla para la conformación de la Comisión Especial es la que corresponde al procedimiento establecido en el Reglamento del Congreso de forma genérica: los grupos parlamentarios presentan a sus representantes y el

número de estos se determina atendiendo al porcentaje de representación de cada partido. Naturalmente, para la propuesta de comisionados no existe mayor exigencia que la de tener la condición de congresista. Al respecto, se ha podido verificar que ni siquiera se toma en cuenta si los miembros del grupo de trabajo tienen formación jurídica, lo que se refleja en el hecho que en todos los procesos se ha contado con comisionados de profesiones distintas a la de abogado. Inclusive, en el proceso realizado en el 2002, el presidente (Marcial Ayaipoma) era médico cirujano, mientras que en el proceso del 2004, el presidente (Henry Pease) era sociólogo de profesión.

Con lo descrito no se pretende relativizar la importancia de las profesiones y oficios diferentes a la labor jurídica (recuérdese que entre los comisionados han figurado administradores, ingenieros, empresarios, matemáticos, etc.), simplemente se pone en evidencia la falta de responsabilidad en la regulación de requisitos mínimos que se deberían imponer a las personas que se encargarán de evaluar directamente a los candidatos a magistrados del Tribunal Constitucional. Es menester indicar que las exigencias para ser magistrado son tales, que lógicamente los postulantes en la mayoría de los casos son abogados de amplia trayectoria, razón más que suficiente para haber considerado que quienes evalúen a los candidatos sean profesionales con un nivel académico, técnico y de trayectoria idónea, que garantice a los candidatos un mínimo de garantía de que la valoración de sus perfiles se desarrollará en el marco de una necesaria capacidad especializada y con estricto respeto al debido proceso.

7.2.1.7.2 La publicación de los requisitos

Por otro lado, se aprecia que se ha respetado el número de comisionados previsto en el artículo 8 de la Ley Orgánica del

Tribunal Constitucional (Ley N° 28301) que dispone que es el Pleno del Congreso quien designa una Comisión Especial integrada por un mínimo de cinco y un máximo de nueve congresistas, respetando en lo posible la proporción de cada grupo parlamentario en el Congreso, para encargarse de recibir propuestas y seleccionar a los candidatos que, a su juicio, merecen ser declarados aptos para ser elegidos. En la generalidad de los casos se ha cumplido con incorporar el número máximo de comisionados, siendo que únicamente en la elección realizada el 2002 el número de miembros de la Comisión Especial fue de cinco.

En la citada normativa se ha establecido que la Comisión Especial publicará en el Diario Oficial *El Peruano* la convocatoria para la presentación de propuestas, lo que si bien ha sido cumplido en todos los procesos, han existido algunas diferencias en cuanto al contenido de los textos. Así, por ejemplo, solo la Comisión Especial de 2002 hizo la convocatoria indicando los requisitos regulados por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y precisando además la exigencia de “*gozar de una conocida reputación de integridad e independencia*”, mientras que en los demás procesos la convocatoria solo remitió los requisitos a la ley orgánica mencionada. Aun cuando este hecho pareciera un asunto de mero trámite que no tiene mayor incidencia en el ejercicio del proceso mismo, debemos decir a modo de opinión (producto de la investigación llevada a cabo), que refleja la falta de compromiso con la trascendencia de la elección de los miembros de tan alto órgano constitucional.

En efecto, si bien la convocatoria está dirigida, en principio, a los candidatos, no deja de tener la condición de pública y por esta razón visible a la ciudadanía en su conjunto, la que legítimamente tiene derecho a conocer los requisitos

elementales para integrar la institución que conocerá y resolverá los problemas de relevancia suprema para la sociedad. Si lo que se pretende es propiciar un proceso de elección imparcial, democrático y transparente, es pertinente emitir algunos gestos que contribuyan a tales fines, sobre todo aquellos que tienen vinculación directa con un acercamiento a la ciudadanía respecto del contenido elemental que involucrará el trabajo de evaluación de postulantes a miembros del Tribunal Constitucional. Qué duda cabe que mencionar expresamente los presupuestos mínimos para ser magistrados en la convocatoria, comprende un acto positivo de transparencia, máxime si la publicación no está destinada únicamente a los eventuales candidatos, sino a toda la población a efectos de que cualquier persona se encuentre informada y, en su caso y de forma posterior (una vez publicados los aspirantes), poder operar herramientas como las tachas. A ello, debe sumarse la falta de consideración a esta finalidad de información pública, pues naturalmente no toda la ciudadanía se encuentra en condiciones de igualdad para entender una remisión a la ley orgánica respectiva. En todo supuesto, no existe justificación válida (como presupuesto público o principio publicidad de las normas) para no tener en cuenta una precisión debidamente suficiente en la convocatoria, no solo por causa de lo apuntado, sino además porque ya se ha ejecutado sin perjuicio alguno (elección de 2002).

7.2.1.7.3 La convocatoria pública y la solicitud de información

Los procesos de elección han tenido características distintas. En cuanto al número de candidatos presentados, se puede decir que ha habido una regular acogida, al punto que hasta la última elección no se ha contado con menos de cuarenta aspirantes y el máximo de candidaturas formalizadas llegó al número de setenta y dos en el 2007. Con relación a la solicitud de información

requerida a los órganos públicos e instituciones de relevancia se ha mantenido, en líneas generales, la pertinencia de contar con el apoyo de entidades vinculadas con el ejercicio profesional y personal de los candidatos. Así, se ha contado con la participación del Poder Judicial, Ministerio Público, Fiscalía de la Nación, Consejo Nacional de la Magistratura, Presidencia del Consejo de Ministros, Ministerio del Interior, INPE, INDECOPI y Cámara de Comercio de Lima. Es positivo que con el transcurso del tiempo se hayan incluido a más entidades, pues esto redundará en una elección democrática y más transparente, en tanto se procure agotar los mecanismos de información existentes para garantizar una correcta elección. Esta medida refleja la importancia de la solvencia moral con que deben contar los futuros miembros del Tribunal Constitucional, ya que no solo persiste la necesidad de no tener antecedentes penales o disciplinarios en el ejercicio de la magistratura, sino también de no haber sido amonestado por conductas contrarias a la ética (es el caso del Colegio de Abogados) o por acciones privadas que desmerecen la confianza de la persona (el caso de la Cámara de Comercio que, en su oportunidad, por ejemplo, remitió letras protestadas de los postulantes).

Asimismo, y relacionado con el anterior, es oportuna la posibilidad de presentación de tachas, por cuanto toda la información relevante sobre los candidatos no necesariamente se halla en sus hojas de vida presentadas al Congreso ni en la información que alcanzan las instituciones citadas (que además lo hacen por un requerimiento previo). Al permitir la interposición de tachas de forma abierta, se pretende conocer todo dato adicional del aspirante que pueda incidir directa o indirectamente en la alta labor jurisdiccional que desempeñará. La utilidad de esta herramienta se evidenció en que se estimaron algunas tachas en más de un proceso, lo que determinó el retiro de la carrera de

varios aspirantes (elecciones 1996 y 2010, declarándose fundadas nueve tachas en total).

Pese a lo descrito, que desde nuestro punto de vista es positivo, debe decirse que no ha sido suficiente para lograr en conjunto un procedimiento acorde con la alta investidura que atañe a los magistrados del Tribunal Constitucional. En todo caso, debe apreciarse que el requisito de la trayectoria democrática regulada en la Constitución de 1979 fue retirada en la Constitución vigente y que la publicación de la lista de candidatos habilitados no comporta, lamentablemente, el interés ciudadano que debiera.

7.2.1.7.4 La metodología de selección en la Comisión Especial encargada de seleccionar a los candidatos aptos

De acuerdo con el primer proceso desarrollado en 1995, se tiene que luego de resueltas las tachas, los miembros de la Comisión Especial procedieron a votar a los candidatos de forma personal y secreta, persistiendo una elección directamente discrecional, no existiendo documentación alguna que refiera los criterios tomados en cuenta.

Como la terna concluida en el proceso citado no llegó a ser sometida a votación por el Pleno del Congreso (debido a la renuncia de los comisionados), la nueva Comisión Especial de 1996 realizó entrevistas públicas a los aspirantes en una sola sesión, dándose cuenta en el respectivo informe final que se realizó una evaluación curricular, sobre la cual no se precisa los criterios considerados ni los puntajes específicos de estos. La votación se realizó sobre una propuesta de candidatos planteada por el Presidente de la Comisión Especial, quien justificó la misma en razón de encontrarse avalada por “amplio consenso”. Como la esta propuesta no comprendió al total de miembros requeridos, luego de su votación, se pasó a votar a los demás candidatos, con

lo que se concluyó una terna elegida en dos etapas: una elección presentada por el Presidente de la Comisión Especial y una elección entre los postulantes que restaban.

En la elección llevada a cabo en el 2002, se consideraron tres elementos conformantes de la evaluación: evaluación curricular (50%), evaluación personal a través de entrevistas (30%) y evaluación adicional (20%). En el caso de la evaluación curricular se definieron criterios específicos: grados y títulos, ejercicio como magistrado, docencia, actividad en defensa de la democracia, actividad en defensa de los derechos humanos, publicaciones, conferencias y condecoraciones; situación que también ocurrió con la evaluación personal: personalidad, facilidad de expresión y precisión en las respuestas. Pese a la definición de los criterios, sorprende que no se haya determinado el peso concreto de cada uno de ellos, lo que por supuesto propicia una discrecionalidad que linda con la arbitrariedad, pues al final no existe previsibilidad respecto de un examen imparcial. A esto, se debe agregar que el último aspecto comprendido por la evaluación adicional, incluía la condición en que se presentó cada candidato: si era independiente, presentado por terceros o respaldado por alguna institución. Por el contenido de este factor de evaluación, se puede ver claramente que no existió voluntad por establecer una definición precisa de sus alcances, ya que no solo no se dispuso el valor de cada caso, sino que además no se definieron cuestiones relevantes como los elementos que determinan independencia, o cuáles son las cualidades de los “terceros” que proponen a un candidato o, incluso, cuáles son las características que deben tener las instituciones para que se considere que “respaldan” a un aspirante a magistrado del Tribunal Constitucional.

Definido lo anterior, se realizó entrevistas a todos los candidatos, que concluyó de acuerdo con el texto expreso del informe final en una “preselección progresiva”. Efectivamente, en diferentes sesiones se eligió primero a 20 candidatos, luego a 12 candidatos y finalmente a 8 candidatos, que conformaron la terna final sometida al Pleno del Parlamento para cubrir las 4 plazas vacantes. Naturalmente, esta metodología de trabajo fue un acuerdo interno de la Comisión Especial sin tener sustento en base legal alguna.

Por otro lado, en la elección desarrollada en los años 2004 y 2005, a diferencia de los tres elementos considerados en la elección anterior, solo se consideró dos: evaluación curricular y evaluación personal. La evaluación curricular redujo su peso en la puntuación final (35) y los criterios que comprendió sí tuvieron un peso específico: grados y títulos (10 puntos), ejercicio docente (8 puntos), ejercicio profesional (6 puntos), publicaciones (5 puntos), conferencias (4 puntos) y condecoraciones (2 puntos). El único criterio incorporado fue el ejercicio profesional (el criterio antes considerado era únicamente el ejercicio como magistrado), habiéndose retirado los criterios de actividad en defensa de la democracia y actividad en defensa de los derechos humanos. Nos parece correcto haber corregido el criterio de ejercicio como magistrado por el criterio ejercicio profesional, pues la condición anterior era discriminatoria al no considerar la trayectoria profesional de aquellos candidatos que no se desempeñaron en la magistratura y que por esta razón estaban en situación de desventaja con aquellos que sí. Sin embargo, este avance resultó contrario a un retroceso evidente: retirar el criterio de tener una actividad en defensa de la democracia y de los derechos humanos. Aun cuando en el proceso anterior no se fijó un valor exacto de este elemento, es totalmente coherente que su inclusión sea garantizada, pues tal como lo hemos desarrollado,

en la existencia, desarrollo y finalidad del Tribunal Constitucional se encuentra la protección y el fortalecimiento de la democracia. Si se pretende dar solidez, a través de la idoneidad de su miembros, al Tribunal Constitucional, definitivamente no es una buena señal haber excluido el requisito de la trayectoria democrática, requisito que además de ser expulsado por la Constitución de 1993, también lo ha sido en el ámbito de los criterios de evaluación con los que cuenta la Comisión Especial encargada de la designación. Con esto, lo único que se produce es un mensaje directo: los comisionados no están obligados a considerar una trayectoria antidemocrática o contraria a la vigencia de los derechos humanos para descalificar a un candidato.

En cuanto a la evaluación personal considerada en este proceso, se tomó en cuenta el desarrollo de entrevistas a los postulantes, cuyo resultado podía tener un máximo de 65 puntos. Es decir, el mayor valor otorgado a los criterios de calificación correspondió a esta parte, situación que comporta un aspecto altamente cuestionable en tanto no existe en el respectivo informe final de la Comisión Especial un solo criterio expreso que defina bajo qué elementos se ejecutaría la puntuación final. Es absolutamente irregular, por decir lo menos, que el factor decisorio de la evaluación esté compuesto por un elemento totalmente subjetivo, al punto que no existe límite a la discreción de lo que piense cada comisionado. Teniendo un valor tan alto y decisivo (65 puntos de un total de 100) y, a la vez, un margen ilimitado de discrecionalidad (sin criterios específicos), es claro que el resultado no pudo ser garantía de un examen objetivo e imparcial, sino más bien, atendiendo a la naturaleza de los miembros del Parlamento, el resultado de preferir los intereses políticos de los miembros de la Comisión Especial.

Con tales características, una vez culminadas las entrevistas, cada miembro de la Comisión Especial tuvo el plazo de una semana para “revisar” sus puntuaciones y presentarlas para la elaboración del ranking ponderado de calificación de los candidatos. Con ello, se evidencia que tampoco se siguió en lo más mínimo la metodología de evaluación llevada a cabo en el proceso de elección precedente, imponiéndose una vez más una secuela de informalidad que de ningún modo buscó uniformizar e institucionalizar un procedimiento técnico y previsible.

Dicha falta de atención al establecimiento de un proceso idóneo, se reflejó en que la presentación de la propuesta al Pleno no coincidió con los tres primeros lugares del ranking ponderado antes indicado. Así, pese a que los tres primeros puestos en el puntaje fueron los candidatos Landa Arroyo (93.50), Mesía Ramírez (81.50) y Falconí Picardo (73.16); “después de un proceso deliberativo” la Comisión Especial llegó a un “consenso” y se propuso dos ternas (en caso que la primera no alcanzara la votación mínima, se procedía a votar la segunda): 1) Landa Arroyo, Vergara Gotelli (puesto 8 en el ranking) y Alarcón Quintana (puesto 4 en el ranking) y 2) Mesía Ramírez, Falconí Picardo y Ríos Castillo (puesto 13 en el ranking). Es decir, el nivel de informalidad e imprevisibilidad es tal, que en los hechos tampoco se toma en cuenta el puntaje finalmente determinado por los miembros de la Comisión (que comprende el puntaje por la evaluación curricular y el puntaje por la evaluación personal), sino que lo que primará sobre esto es el consenso entre los comisionados. Es claro que el puntaje obtenido no es vinculante sino que es solo una referencia que no genera ningún tipo de obligación para los miembros de la Comisión, tanto es así que los grupos de aspirantes propuestos comprenden a candidatos que en el puntaje final se ubicaron en los puestos ocho y trece.

Naturalmente, dicha situación no solo no es respetuosa de la buena fe de los demás postulantes (sobre todo de aquellos que estuvieron entre los mejores calificados) sino que refleja una directa desatención por seguir un procedimiento de evaluación objetivo. Es tan manifiesto el desinterés por ejecutar un procedimiento técnico, que los propios criterios previamente estipulados con una puntuación específica, deben ceder ante el consenso al que se llegará luego de conocida la puntuación final de cada candidato.

En lo que atañe al proceso de elección de 2007 también se consideraron dos elementos para efectos de la puntuación: evaluación curricular y evaluación personal. Sin embargo, bajo ninguna justificación, se cambió el peso de cada uno con relación al proceso precedente, en tanto ahora el primero tiene un máximo valor de 40 puntos (antes 35) y el segundo un máximo valor de 60 puntos (antes 65).

En el caso de la evaluación curricular los criterios considerados son los mismos que se consideraron en la evaluación anterior, diferenciándose en que la puntuación sí contiene diferencias: grados y títulos (10 puntos), ejercicio docente (10 puntos, antes era 8), ejercicio profesional (8 puntos, antes era 6), publicaciones (6 puntos, antes era 5), conferencias (4 puntos) y condecoraciones (2 puntos).

En el caso de la evaluación personal también consistió en la realización de entrevistas, no existiendo criterio alguno para la calificación en este ámbito, tal como sucedió en el proceso previo. Las diferencias se reducen en dos aspectos: por un lado se redujo el valor de este concepto de 65 a 60 puntos y, por otro lado, se acordó de forma deliberada (tal como obra en el informe final de la Comisión Especial) que las entrevistas a los candidatos serían

reservadas a fin de preservar el derecho a la intimidad de los evaluados. Sobre el primer punto no existe mayor sorpresa, pues los cambios en la puntuación sin justificación conocida, no solo de la variación sino también del propio valor, han sido una constante en todos los procesos; sin embargo, es realmente preocupante que en el caso del desarrollo de las entrevistas sí haya mediado un notorio retroceso en el fortalecimiento de un proceso transparente. No existe razón alguna para convalidar un secretismo en la ejecución de las entrevistas, sino todo lo contrario, es apremiante que ellas se lleven a cabo de manera pública en razón de la misma naturaleza del procedimiento que se llevará a cabo, cual es la elección de las personas que decidirán sobre la interpretación y resguardo de la Constitución.

Ciertamente, las decisiones sobre la carta fundamental, que contiene la organización del Estado y la regulación de los derechos fundamentales, son asuntos de natural interés de la sociedad en su conjunto, por tanto, el trabajo de la Comisión Especial no puede desconocer el principio de transparencia en todas sus acciones, por cuanto aquel es condición elemental para garantizar los principios de imparcialidad y objetividad.

No es válido restarle importancia a la transparencia en la evaluación de los postulantes a magistrados del Tribunal Constitucional, si se considera que los temas que conoce este órgano en instancia definitiva son aquellos que ordenarán, a través del derecho, la convivencia social. Es, por tanto, oportuno recordar que para la propia institucionalización de la ejecución de las sentencias del colegiado constitucional es preciso que este cuente con una apreciable dosis de legitimidad, más aún en espacios tan complejos como el caso peruano, donde la democracia no es solo todavía un elemento en construcción sino porque además se cuenta con una población definida por la

multiculturalidad. De aquí que sea plenamente válido sostener que *“quien debe ser el intérprete de la teoría de los derechos, (...) defensora de un modelo de Constitución como compromiso por la pluralidad, necesariamente debe ser receptiva al hecho de la multiculturalidad. Y ello es más determinante si se maneja una concepción predominantemente procedimental de los derechos. Desde esta posición, en consonancia con la defensa del criterio del interés en la legitimidad del órgano que decide, se tendrá que preconizar la presencia de esa pluralidad en los órganos de decisión o, en todo caso, en los órganos que determinan la composición de éstos”*¹²⁰.

Con ello, no sorprenderá una falta de consonancia entre el interés de la sociedad y la eficacia de las decisiones del Tribunal Constitucional, si la elección de sus miembros ocurre en un proceso de espaldas a la opinión pública. Sin transparencia en la propia elección, se da inicio a una galopante secuencia de acciones carentes de legitimidad, que no garantiza no solo una evaluación objetiva sino, adicionalmente, plural y protectora de la interpretación abierta de los derechos fundamentales atendiendo al tipo de sociedad con que cuenta el Perú.

Precisamente, en su momento, el Instituto de Defensa denunció los diversos aspectos negativos que caracterizaron la elección desarrollada en el 2007, donde resalta la falta de transparencia en las actividades ejecutadas: *“(...) 1) Las entrevistas con los candidatos se realizaron sin la presencia de la prensa y de la opinión pública, y cuando se pidieron las grabaciones de ellas, nos fueron entregadas casi al final del proceso. 2) Nunca se publicaron los CV de los postulantes, como sí lo hace por ejemplo el CNM con los candidatos a magistrados supremos. 3) Jamás se*

¹²⁰ De Asís, Rafael, Sobre la interpretación de la Constitución en una sociedad multicultural, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho, Universidad Carlos III de Madrid, 2010, p.8.

*definió con claridad el perfil del magistrado constitucional, requisito indispensable para el proceso. 4) Nunca se conocieron los puntajes de los aspirantes, y aun así el Pleno del Congreso realizó la elección. 5) Como consecuencia de esta falta de transparencia, la opinión pública y la prensa jamás pudieron conocer quiénes eran los candidatos ni sus trayectorias, quiénes habían sido sus clientes, a quiénes defendieron como abogados; lo que, como es obvio, descartaba toda posibilidad de tacha. Finalmente, 6) se produjo la renuncia de uno de los magistrados (Javier Ríos Castillo) luego de que se lo sorprendió, un día después de haber sido elegido, almorzando con personajes acusados, procesados y condenados por corrupción”.*¹²¹

En la misma línea, los medios de comunicación expresaron lo propio sobre el proceso de elección del año 2007, llegándose a afirmar que “(...) la verdad es que no había que esperar tanto tiempo para darse cuenta de que la selección no se está realizando con la transparencia que demanda la conformación de una entidad tan importante como el TC”¹²².

Consecuencia natural de lo anotado (un proceso sin transparencia y ajeno a la opinión pública), fue que el trabajo llevado a cabo terminó con la anulación de la elección a causa del escándalo generado por el electo candidato Javier Ríos Castillo quien fuera captado por la prensa departiendo con personajes acusados, procesados y condenados por corrupción. A ello, debe sumarse que la propuesta final sometida al Pleno (Alarcón Quintana, Eto Cruz, Paz de la Barra y Ríos Castillo) fue determinada, independientemente de la calificación realizada, por el consenso de los miembros de la Comisión Especial.

¹²¹ Instituto de Defensa Legal – Justicia Viva, Documento de Trabajo N° 32: Propuesta de modificación del Reglamento del Congreso sobre la elección de magistrados del Tribunal Constitucional para garantizar elecciones más transparentes, 6 de agosto de 2009, Lima, p. 2.

¹²² Editorial del diario Perú.21 del 3 de mayo de 2007.

Finalmente, el proceso de elección implementado el 2010 tampoco siguió un orden preestablecido por los procesos precedentes, teniendo características propias. En algunos casos se experimentaron cambios positivos a partir de la experiencia de su antecedente, tales como dotar a la elección de mayor transparencia al permitir la participación formal de la Asociación Civil Transparencia en condición de veedor y, por otro lado, acordar (a pedido del Consejo de la Prensa Peruana) que las entrevistas a los candidatos sean públicas.

Los elementos de evaluación generales y los puntajes a estos fueron los mismos que los considerados en la elección anterior: evaluación curricular (un máximo de 40 puntos) y evaluación de las entrevistas personales (un máximo de 60 puntos). No obstante, y como era de esperarse, se volvió a modificar sin razón conocida alguna, el valor de los criterios específicos para la calificación. Así, en cuanto a la evaluación curricular se previó los siguientes criterios: 15 puntos para grados, títulos y estudios académicos¹²³ (antes era 10 puntos), 5 puntos para capacitación y otras actividades (este concepto no figura en los criterios de evaluación curricular comprendidos en la elección de 2007), 15 puntos para ejercicio profesional (antes era 8 puntos), 5 puntos para publicaciones y reconocimientos (antes ambos conceptos eran independientes: en el primer caso se consideró 6 puntos y en el segundo, 2 puntos). Resalta que se haya retirado el rubro conferencias (que tenía 4 puntos) y ejercicio docente (que tenía 10 puntos), entendiéndose que el primero fue subsumido por el nuevo factor de capacitación y otras actividades, mientras que el segundo por el factor ejercicio profesional.

¹²³ El criterio *estudios académicos* se incorporó en esta elección con la finalidad de considerar los estudios no concluidos en un grado o título.

A diferencia de los procesos anteriores, en el 2010 se previó un cuadro de evaluación más detallado, donde se puede apreciar el desglose de los criterios anteriormente mencionados. De esta manera, la evaluación curricular se resume en el gráfico siguiente, utilizado por la Comisión Especial del Congreso encargada de seleccionar a los candidatos aptos para ser magistrados del Tribunal Constitucional:

RUBROS	PUNTAJE DEL CANDIDATO	PUNTAJE MÁXIMO POR RUBRO
I. GRADOS, TÍTULOS Y ESTUDIOS ACADÉMICOS		15
A. Grados académicos en Derecho		
1. Doctor en Derecho		15
2. Doctor en otra profesión		
3. Maestro en Derecho Constitucional		10
4. Maestro en otra disciplina jurídica		8
B. Estudios académicos de posgrado en Derecho		
1. Estudios curriculares de Doctorado en Derecho		6
2. Estudios curriculares de Maestría en Derecho Constitucional		4
3. Estudios curriculares de Maestría en otra disciplina jurídica		2
II. CAPACITACIÓN Y OTRAS ACTIVIDADES		5
A. Cursos de capacitación, post grados, diplomados y otras similares en materia jurídica		
1. De 200 a mas horas		2.5
2. De 100 a 199 horas		
B. Idioma nativo o extranjero		1.5
C. Conferencias especializadas y pasantías (Participación como expositor, ponente, panelista, etc.)		1
III. EJERCICIO PROFESIONAL		15
Docencia universitaria en materia constitucional		2
Docencia universitaria en otra disciplina jurídica		3
Abogado		5
Magistrado		5
IV. PUBLICACIONES Y RECONOCIMIENTOS		5

Libros		3
Ensayos y artículos		1
Reconocimientos		1

Adicionalmente al cuadro descrito, se aprobó por unanimidad establecer en veintiocho (28) el puntaje mínimo que los postulantes debían alcanzar en la evaluación curricular para poder pasar a la entrevista personal.

En todo caso, es apreciable que haya existido un mejor ánimo por instituir una evaluación objetiva que comprenda de forma detallada los criterios de calificación con el puntaje respectivo, y a la vez, que se haya dado prioridad al factor jurídico a la hora determinar el perfil de magistrado. De allí que resulte razonable que no se otorgue puntaje al grado de Doctor en otra profesión y sí a los estudios curriculares no concluidos de posgrado en la disciplina jurídica.

Pese al avance demostrado en la evaluación curricular, debemos ser enfáticos en señalar que sigue siendo insuficiente, por la misma razón que identificó al proceso de elección de 2007: el mayor y definitivo peso del puntaje total (60 puntos) le corresponde a la evaluación personal, donde no existe ningún criterio expreso que resulte vinculante para los comisionados. Tanto es así que, de acuerdo con el Informe Final de la Comisión Especial, sus miembros remitieron los puntajes sin especificar consideración alguna, existiendo puntajes desde 0 hasta 60. Con ello se recae en lo mismo, una elección donde el factor político es el elemento central que decide la terna de postulantes aptos.

Reflejo de lo anterior es la posterior falta de consecuencia con la que se actuó en el seno de la Comisión Especial, pues si bien se

acordó, por unanimidad, presentar al Pleno del Congreso a los dos primeros candidatos en orden de mérito, ante el pedido de la Junta de Portavoces, luego se decidió incluir al tercer candidato de la lista (que no había alcanzado el consenso de los comisionados). Lo curioso es que al final únicamente fue elegido por el Pleno del Parlamento el candidato incluido a pedido de la Junta de Portavoces (inclusión que en su oportunidad había rechazado la propia Comisión Especial ante un pedido de reconsideración), lo que evidencia que a fin de cuentas la decisión de la Comisión especializada tampoco tiene relevancia al momento de hacer eficaz la designación.

7.2.1.7.5 La elección determinada por el Pleno del Congreso de la República

Así como en el trabajo de la comisión especializada se presentaron los problemas anteriormente descritos, lo propio ocurrió en la etapa en que el Pleno del Congreso debía votar las propuestas del citado grupo de trabajo.

Efectivamente, si se repasa los procesos llevados a cabo hasta la fecha se puede colegir que no hubo uniformidad, sino más bien desorden, en los mecanismos empleados para decidir por los electos magistrados del Tribunal Constitucional.

En el año 1996 (recuérdese que por renuncia de sus miembros, la Comisión Especial de 1995 no llegó a someter su conclusión al Pleno) se sometió a votación de forma individual a cada candidato durante dos sesiones, no alcanzando ninguno el número mínimo de adhesiones. Pese a que la Comisión Especial acordó convocar a un nuevo concurso, la decisión sobre la terna presentada al Pleno del Parlamento la definió una propuesta formal de un grupo multipartidario de congresistas que había hecho una lista de

candidatos a quienes se había cursado una invitación que fuera aceptada. Naturalmente (por el consenso de los grupos partidarios), la propuesta fue aprobada por el Pleno.

En el año 2002 la terna presentada por la Comisión Especial para cubrir las cuatro plazas vacantes se realizó mediante voto público y nominal, eligiéndose a los que alcanzaron el mínimo de votos requerido de acuerdo a ley (cada uno de los ocho candidatos fue votado de forma personal).

En el proceso desarrollado en los años 2004 y 2005, la votación se realizó de forma secreta a través de cédulas. Se votó por dos ternas conformadas por tres postulantes cada una: primero se votaría a cada candidato de la primera terna y si alguno o algunos no alcanzaran la votación, se pasaba a votar a los candidatos de la segunda terna. En la primera votación solo dos aspirantes fueron elegidos, y contrariamente a pasar a votar la segunda terna, se esperó seis meses para insistir y votar únicamente al tercer candidato (Alarcón Quintana) que no había contado con el apoyo suficiente del Pleno, lo que fue inútil, pues tampoco pudo ser electo. Luego de la frustrada insistencia, se decidió someter a votación la segunda terna, no siendo designado ningún candidato. Se tuvo que esperar hasta el 2006 para insistir nuevamente en la segunda terna, donde fue elegido el primer candidato que la integraba (Mesía Ramírez).

La elección de 2007 es la que mayores problemas ha presentado por las características particulares ocurridas desde la etapa en que el Pleno del Congreso era el encargado de la designación. A diferencia de la elección anterior, se votó una sola terna de manera colegiada (no individualmente por cada candidato) que finalmente contó con la aprobación del órgano legislativo. Sin embargo, producto de una presión mediática (caso del candidato

Ríos Castillo), un candidato elegido presentó su declinación al Pleno, quien aceptó la renuncia. Como la votación se efectuó de forma conjunta, el Pleno aprobó reconsiderar la votación inicial donde fue elegido el postulante renunciante con otros tres candidatos.

Ante la circunstancia narrada y sin base jurídica procedimental, el presidente de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República propuso cuatro ternas de candidatos, las que debían ser votadas por el Pleno de forma prelatoria. Así, la primera terna alcanzó el soporte exigido, nombrándose a tres nuevos miembros del Tribunal Constitucional. Es decir, en los hechos, la propuesta votada no fue presentada por la Comisión Especial como es lo que corresponde, sino por el Presidente de una comisión ordinaria del Parlamento.

En la elección desarrollada durante el 2010, el Pleno del Congreso votó la terna presentada por la Comisión Especial (tres candidatos) de manera personal (uno a uno), no siendo posible la elección de alguno por no contar con los votos mínimos. Posteriormente, por la aprobación de una reconsideración, se sometió a votación, en dos sesiones distintas, las candidaturas de los dos aspirantes que obtuvieron mayor respaldo. El primero en la lista no fue elegido y el segundo sí. Ante el anuncio de someter nuevamente a votación la primera candidatura (Ramos Núñez), el postulante renunció.

Como puede apreciarse, el desarrollo de los procesos de elección de candidatos a magistrados del Tribunal Constitucional en el escenario del Pleno del Congreso ha respondido a una serie de decisiones aisladas y estrictamente coyunturales, que nada tienen que hacer con la garantía de un procedimiento institucional y predecible. Si bien ya se han mencionado los inconvenientes de la

labor de la Comisión Especial, es grave que ni las conclusiones de este se respeten, existiendo por el contrario un general desinterés por hacer cumplir el orden de mérito que, en todo caso, la comisión especializada ha determinado luego de una evaluación relativamente prolongada. Es claro que lo que prevalece al final de cuentas es únicamente la decisión del Pleno, quien no solo vota de forma secreta, pública, por ternas o de modo individual cuando así libremente lo dispone, sino que incluso ni siquiera parece estar vinculado a lo que la Comisión Especial proponga (pese a ser lo que debe ocurrir desde el contexto legal), pues ha ocurrido casos donde la propuesta que se vota es la que presenta un grupo multipartidario o el presidente de la Comisión de Constitución y Reglamento. Las elecciones se frustran indiscriminadamente y se vota sin ninguna previsión de tiempo y acato a la prioridad de la elección de tan altos cargos (se ha visto que se vota luego de seis meses o que el Pleno de otro período parlamentario es el que decide). A lo que se debe sumar que no se otorga importancia al factor meritocracia, pues en muchos casos la votación se ha hecho por cada candidato, con lo que se ha concluido en designar a aspirantes cuyo puntaje estuvo por debajo de otros postulantes que lideraban el ponderado final.

Sobre este último particular es oportuno indicar que se ha generado un razonable malestar por parte de varios candidatos. Recuérdese que en la elección del 2007, los juristas Carlos Ramos Núñez y Ernesto Blume Fortini, renunciaron a su postulación, alegando que se sentían maltratados por la forma en que el Congreso condujo la elección. Ambos, desde nuestro modo de ver, tenían la suficiente autoridad objetiva para formular un reclamo público, si se considera que ocuparon el segundo y tercer lugar en la evaluación realizada por la Comisión Especial. Así, en su oportunidad, dieron a conocer algunas razones que es preciso rememorar por el notable grado de reflexión que nos debe

convocar el replanteamiento del modelo de elección de magistrados de un órgano trascendental como es el Tribunal Constitucional.

Se señaló que el sistema de cuotas partidarias provocó la polémica lista de cuatro magistrados, que luego se dejó sin efecto por un “escándalo público”. Consideramos que el adjetivo empleado (polémica) resulta más que válido, pues efectivamente la Comisión Especial al no publicar la lista con el puntaje final, generó incertidumbre respecto de las causas objetivas que decidieron la terna final que se sometió a votación en el Pleno¹²⁴. Esta situación se agravó con el hecho de que “*extrañamente*” (como apuntan los candidatos renunciantes), después de conocido el escándalo, se propaló una lista en la que los 17 candidatos finalistas figuraban con el mismo calificativo de 65. Evidentemente, esto desmerece el trabajo realizado por la Comisión Especial, no solo porque nunca se demostró las razones neutrales de esta decisión, sino porque además pone en claridad que el excesivo y decisivo valor asignado a un factor subjetivo como es la entrevista personal (que, a mayor abundamiento no tiene criterios definidos) puede generar, de forma prácticamente inminente, arbitrariedades de este tipo (que 17 postulantes tengan idéntica puntuación). En este sentido, es verdad como apuntan, los citados juristas, que la nueva votación realizada por la Comisión Especial, luego de anulada la elección por el Pleno, tuvo un criterio político partidista con “inocultable secretismo y verticalidad”, no hubo, salvo excepciones, un “voto

¹²⁴ A este respecto es oportuno recordar que, además de los postulantes citados, con anterioridad, el candidato Quintanilla Loaiza expresó lo propio mediante carta dirigida a la Presidencia del Congreso, donde denunció una “*clara falta de transparencia*” de la Comisión Especial (solicitando videos y transcripciones de las entrevistas, publicación de los criterios para incluir y excluir, sesiones públicas, entre otros), recomendando la implementación de mecanismos “más democráticos” para que el Congreso tenga mayor credibilidad y respeto de la población. Carta dirigida a la Presidenta del Congreso de la República, Mercedes Cabanillas Bustamante, de fecha 12 de junio de 2007.

de conciencia, como se exige para esta clase de sufragio (...). No por un capricho personal, menos por una consigna”.

De acuerdo con el análisis de los procesos desarrollados se puede afirmar con certeza que en el vigente sistema de elección el prestigio personal y la trayectoria profesional, académica y democrática, no definen nada. Con esto no queremos decir que en lo que va del ejercicio de las labores del Tribunal Constitucional no hayamos contado con magistrados probos (de hecho que sí hemos contado con este perfil de miembros), sino que resaltamos que las condiciones en el actual modelo no revisten garantía mínima de un procedimiento técnico, imparcial y objetivo, que procure designar a personalidades idóneas para el resguardo del Estado Constitucional de Derecho en el país. Reafirmamos que no es correcto tirar a la suerte por virtud de la componenda política, la elección de juristas que decidirán sobre la interpretación de la Constitución y la protección de los derechos fundamentales en el más alto nivel, sino que es absolutamente necesario consolidar un procedimiento de elección adecuado, pero sobre todo eficaz, de tal manera que sea cumplido de forma irrestricta por los respectivos operadores, situación que, conforme a lo reseñado, no existe en los hechos. En esta línea coincidimos plenamente con lo referido por Ramos Núñez y Blume Fortini cuando detallan que *"(...) con absoluta mezquindad, se arguye erradamente que se trata de una elección política y, por lo tanto, que ello obliga a un pacto político previo (...) (al cual se denomina irónicamente concertación (...), de suerte que las bancadas mayoritarias tengan su candidato, en un inaceptable toma y daca. Yo apoyo a tu candidato si tú apoyas al mío, en un marco insólito de desconfianza mutua". (...) el significado es claro: “¡hacemos lo que queremos! No nos interesan las calidades ni los méritos personales ni lo que manda la Constitución en su auténtico sentido (...) Si queremos –se piensa- castigamos el mérito y*

premiamos la conveniencia, obligando a los candidatos a solicitarles apoyo, en acto que hiere la dignidad”.

En la misma línea, se llama la atención para revisar el Derecho Comparado a efectos de reformular los procedimientos actuales e institucionalizar mecanismos idóneos que contrarresten una elección política. En este extremo, se manifiesta una situación consecuente: “si la elección es finalmente política, se deberían poner a todos los postulantes a consideración del Pleno, sin necesidad de formar una comisión de méritos”. Este texto, que resulta directamente lógico, refleja la negativa posición que cumple la Comisión Especial hoy, pues si su principal función es poner en práctica un proceso de evaluación de méritos a través de la verificación del cumplimiento de requisitos, no es menos cierto que esta labor no es vinculante ni decisiva al momento de la deliberación real. Entonces, es ampliamente contradictorio que se prevea la existencia de una comisión especializada encargada de definir una lista de candidatos aptos por razón de la meritocracia, y al mismo tiempo, que sea posible alterar o pasar por alto sus conclusiones sin la obligación de formular justificación alguna. Naturalmente esta realidad es inaceptable, pues se pretende hacer creer no solo a los candidatos sino, sobre todo, a la sociedad en general (con un proceso público) que se ha cumplido un concurso de méritos, cuando ello es falso.

Lo más lamentable, tal como lo demuestran los procesos de elección desarrollados, es que no exista un compromiso cierto por cambiar estos aspectos perjudiciales para el propio fortalecimiento de la autoridad del Tribunal Constitucional. Es inaudito que no se logre entender hasta ahora que la naturaleza de un Tribunal Constitucional no guarda correspondencia con una elección de sus magistrados donde prima el voto por consigna. Este contexto genera parcialidad, subjetividad, informalidad y, peor aún, falta de

participación de connotados personajes del derecho nacional que, como el caso de Ramos Núñez y Blume Fortini, terminen afirmando que no existe auténtica voluntad de cambiar los criterios de elección, por lo que no serán parte de una “*repartija política, ya tomada de antemano*”.

La única posibilidad de encontrar una esperanza en el camino es que las autoridades encargadas de la reforma del modelo, tengan la convicción de que un proceso de elección cuidadoso de los principios de transparencia, publicidad, imparcialidad y del perfil idóneo del magistrado constitucional, permitirá vigorizar el rol la eficacia del control de la constitucionalidad como parte de nuestra cultura. Es imperioso que se reflexione sobre la gran responsabilidad de los miembros del Tribunal Constitucional con relación a la institución y a la labor encomendada, recuérdese que la vida del colegiado depende de ellos (de sus talentos, experiencias y puntos de vista individuales, de su trabajo común y de la distancia de los condicionamientos externos)¹²⁵.

7.2.2 Marco teórico propiamente dicho

7.2.2.1 La justicia constitucional y la democracia

Los magistrados del Tribunal Constitucional tienen, entre otros, un encargo de particular notabilidad: el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, posibilidad que por su incidencia en las decisiones de otros órganos estatales, ha propiciado cierto cuestionamiento en el sentido de contradecir los alcances de la democracia¹²⁶. Esta idea, por supuesto, no

¹²⁵ Zagrebelsky, Gustavo, Principios y votos: El Tribunal Constitucional y la política, Trotta, Madrid, 2008, p. 15.

¹²⁶ Se afirma incluso que una de las cuestiones más espinosas del Derecho constitucional de hoy y de siempre es la tensión existente entre justicia constitucional y democracia, pues se trata de una discusión que en otros países es congénita al nacimiento de la figura de la revisión judicial de las leyes. Bellamy, R. y Castiglione, D., Constitutionalism and Democracy - Political Theory and the American Constitution, en British Journal of Political Science, Vol. 27, Nº 4,

tiene asidero válido pues la institución del control de constitucionalidad de las leyes es consustancial con la democracia, al punto que es, en los hechos, una herramienta indispensable de la misma.

No es posible concebir una *ley democrática* contraria a la Constitución, lo que guarda coherencia con lo que históricamente se ha planteado en la doctrina de quienes razonan como Hamilton en el LXXVIII de *El Federalista*, que el hecho de que un juez inaplique una ley inconstitucional “*no supone en absoluto la superioridad del poder judicial sobre el poder legislativo, sino, antes bien, la superioridad del pueblo sobre ambos poderes*”¹²⁷ o, como expresa Kelsen, que donde la justicia constitucional es rechazada por antidemocrática ello sucede porque “*el órgano legislativo se considera en la realidad como un libre creador de Derecho y no como un órgano de aplicación del Derecho, vinculado a la Constitución, como teóricamente lo es (...)*”, de donde cuando “*se continúa afirmando la incompatibilidad de la justicia constitucional con la soberanía del legislador, ello se hace simplemente para disimular el deseo del poder político que se expresa en el órgano legislativo de no dejarse limitar (...) por las normas constitucionales*”¹²⁸.

De lo anotado resulta más que evidente que la función que cumplen los miembros del Tribunal Constitucional, en el extremo de resolver los procesos de inconstitucionalidad y aplicar el

1997, pp. 595-618, citado por Paredes Paredes, Felipe, Justicia Constitucional y democracia: Sello de constitucionalidad en el control preventivo obligatorio (Tribunal Constitucional), en: Revista de Derecho, Vol. XXIV, Nº 1, Valdivia, julio de 2011, pp. 165-172.

¹²⁷ The Federalist Papers, edición de Clinton Rossiter, Nueva Cork, 1961, pp. 467-468, citado por Garrorena Morales, Ángel, El debate justicia constitucional – democracia en los procesos constituyentes de 1931 y 1978, en: Revista Española de Derecho Constitucional, Nº 91, enero-abril, 2011, pp. 31-68.

¹²⁸ Kelsen, Hans, La garantie juridictionnelle de la Constitution (la Justice constitutionnelle), en: Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et a l'étranger, Vol. 45, 1928, citado por Garrorena Morales, Ángel, ibidem, p. 31-68.

control difuso en los procesos de protección de derechos fundamentales, es de absoluto valor para la eficacia de los lineamientos que conforman todo régimen democrático. En efecto, si se detiene en los elementos que comprenden el contenido de la democracia, se puede apreciar que los estudios sobre la materia son tan antiguos como diversos, manteniéndose vigentes algunos factores que, sin duda, son consenso en el ámbito teórico.

Entre ellos se puede mencionar la soberanía popular¹²⁹ (el pueblo es el titular de la soberanía y lo es de todo el poder. Sin embargo, como titular del poder estatal, confiere su ejercicio a diferentes poderes u órganos, y con ello, legítima su actuación); participación popular (se expresa de dos maneras: directa e indirecta. Son formas de participación directa el referendo y la iniciativa popular, y son formas de participación indirecta o representativa: el sufragio universal, libre, igual, directo y secreto en elecciones periódicas); pluralismo¹³⁰ (social, cultural, étnico, religioso, lingüístico, etc. Sin pluralismo no existe libre competencia política ni, por lo tanto, elecciones libres y disputadas); consenso (la democracia se apoya en el consenso de sus ciudadanos acerca de los valores básicos sobre los que se asienta y sobre las reglas del juego político); principio de mayoría (todos los votos valen igual porque todos los ciudadanos valen igual, pues la solución cuantitativa es la única

¹²⁹ El Tribunal Constitucional ha definido este principio en los siguientes términos: “*El principio de separación de poderes no solo resulta un parámetro del Estado destinado a distribuir atribuciones y competencias a cada poder que lo conforma, sino que implica la colaboración entre cada uno de ellos en búsqueda de un mejor y eficaz ejercicio de sus funciones*”. Sentencia recaída en el expediente 00005-2006-AI/TC, fundamento jurídico 15.

¹³⁰ El Tribunal Constitucional ha desarrollado este principio en esta perspectiva: “*Siendo el pluralismo ideológico y social una constatación fáctica de las libertades políticas y de expresión, es sencillo advertir que no se trata de un pluralismo institucional, sino atomizado o fragmentario. De ahí que los partidos y movimientos políticos tengan la obligación de ser un primer estadio de institucionalización del pluralismo en el que la fragmentación resulte sustancialmente aminorada y encausada, a efectos de generar centros de decisión que permitan concurrir en el consenso, asegurando la gobernabilidad*”. Sentencia recaída en el expediente 0030-2005-AI/TC, fundamentos jurídicos 12 y 23.

valoración compatible con la democracia); respeto de las minorías (institucionalización de la oposición política como conciencia crítica de freno al gobierno: gobierno y oposición son igualmente necesarios para la democracia); separación de poderes y sistema de contrapesos (el poder estatal es único pero diversificado en sus poderes, en tanto que el control del poder interorgánico es imprescindible en todo régimen constitucional); publicidad (sin publicidad no hay democracia, por lo que es indispensable garantizar la existencia de medios de comunicación social, la fluidez de la información y la libertad de expresión) y primacía del Derecho (sin primacía del Derecho no existe democracia, sin democracia no existe primacía del Derecho).

En tal sentido, es previsible entender que toda democracia que se precie de serlo garantiza que el gobierno sea solo uno de los factores de un entramado social formado por varias y diversas instituciones públicas y privadas, partidos políticos, organizaciones y asociaciones promovidas por la sociedad civil; diversidad que se debe identificar en un pluralismo en donde la existencia, la legitimidad y la autoridad de los muchos grupos organizados e instituciones de una sociedad democrática no dependen de un determinado gobierno que, por lo demás, tiene naturaleza transitoria. Es así que es correcto afirmar que antes que el gobierno y sus integrantes, en una sociedad democrática tiene posición privilegiada el respeto por la institucionalidad fundada en el límite del poder y la eficacia de los derechos ciudadanos.

En una democracia, los poderes de los órganos públicos se encuentran definidos expresamente en la ley, la que les impone límites específicos. Pero además esta legislación no puede estar exenta de control constitucional, en la medida que el límite a ella

es precisamente esta última; será la Constitución quien defina hasta dónde llega la competencia definida por la ley, al punto que si esta se excede, se deben aplicar los mecanismos que el ordenamiento prevé para que opere la correspondiente corrección. En este contexto, cobra protagonismo el control constitucional de la legislación que realiza el Tribunal Constitucional, pues bajo el canon constitucional, que a su vez integra los principios democráticos de la organización estatal, realiza un trabajo pacificador entre la ley y la Constitución.

Pero además, de forma explícita nuestra regulación reconoce la tarea pacificadora del Tribunal Constitucional en el ámbito funcional de las entidades públicas, a través de los procesos que resuelven conflictos competenciales. Aquí se fija la legitimación para actuar dentro de un proceso competencial con base en lo que dispone la Constitución (artículo 200, inciso 3) y el artículo 109 del Código Procesal Constitucional, según el cual “(...) *el Tribunal Constitucional conoce de los conflictos que se susciten sobre las competencias o atribuciones asignadas directamente por la Constitución o las leyes orgánicas que delimiten los ámbitos propios de los poderes del Estado, los órganos constitucionales, los gobiernos regionales o municipales, y que opongan: (...) 3) A los poderes del Estado entre sí o con cualquiera de los demás órganos constitucionales, o a éstos entre sí (...)*”. Con esta precisión, el conflicto se identificará cuando alguno de los poderes o entidades estatales adopta decisiones o rehúye deliberadamente actuaciones, afectando competencias o atribuciones que la Constitución y las leyes orgánicas confieren a otro.

Sin embargo, pese a la claridad de la norma descrita, es menester señalar que el Tribunal Constitucional no agota sus funciones en lo que desarrolla la ley sobre el proceso

competencial, sino que, atendiendo a su calidad de garante de la Constitución, realiza una labor interpretativa que trasciende a lo textualmente establecido, priorizando, en todo caso la finalidad de la norma. Así, el margen de lo que resolverá puede considerar que *“en los conflictos de atribuciones entre poderes del Estado, el recurrente puede aducir que sus atribuciones son perturbadas por un acto o comportamiento que se considere ilegítimo del demandado y que le ocasione un perjuicio, o bien por interferir en su esfera de competencias, o por impedir ejercitar atribuciones propias, o por obstaculizar la eficacia de sus actos, o turbar su independencia como poder del Estado”*¹³¹. Esto, naturalmente, es espontáneo reflejo de lo imperioso que resulta contar con miembros del Tribunal Constitucional ampliamente idóneos, pues su límite en buena cuenta se resume en la norma constitucional que, a su vez, tiene carácter abierta, léase siempre sujeta a interpretación.

Pero además de lo anterior, no se puede desconocer que no hay posibilidad de medir una democracia exclusivamente en términos políticos, cuantitativos o económicos, en tanto dentro del cálculo persiste la ineludible necesidad de comprender en una posición superlativa a los derechos fundamentales. En esta línea el mismo Tribunal Constitucional es reiterativo en anotar que *“la Constitución es la expresión jurídica de la soberanía popular, ésta otorga a aquélla su fundamento y razón de existencia, por lo que una Constitución sólo es identificable como tal en la medida de que se encuentre al servicio de los derechos fundamentales. La soberanía popular que da origen al Estado se proyecta en éste, no ya como un poder supremo, sino como el contenido material del constitucionalismo concretizado en la necesidad de respetar, garantizar y promover los derechos*

¹³¹ Trujillo Rincón, María, Los conflictos entre órganos constitucionales del Estado, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1995, p. 156.

fundamentales y asumiendo que toda competencia, atribución o facultad de los poderes constituidos emana del pueblo”¹³².

No se puede concebir una democracia sin respeto a los derechos fundamentales. Esto no es únicamente así por virtud de los alcances de orden iusnaturalista de los derechos humanos, sino también porque propia Constitución vigente, en su artículo 1, consagra a la persona humana y el respeto de su dignidad como el fin supremo de la sociedad y del Estado, lo que consecuentemente impone que toda actuación de este, para ser considerada como legítima, debe ser evaluada desde la perspectiva de la persona humana y de sus derechos.

Bajo tal supuesto, la regulación constitucional es aún más precisa al abordar cada uno de los elementos de la democracia. Así, en tanto la persona es objeto de protección por parte del Estado, este garantiza, mediante la Constitución, el derecho a la vida; la igualdad ante la ley, sin discriminaciones de ningún tipo; a la libertad de conciencia y de religión; a las libertades de información, de expresión y de difusión del pensamiento; a reunirse pacíficamente; a asociarse; a su identidad étnica y cultural, entre otros. En lo que atañe a la ciudadanía, la Carta Política la otorga a partir de los dieciocho años de edad, siendo que los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante el referéndum; tienen derecho a la iniciativa legislativa; remoción o revocación de autoridades; a elegir y ser elegidos; asimismo, se establece que el voto es personal, libre, secreto y obligatorio hasta los 70 años. Entonces, es evidente que el documento constitucional regula con amplitud cada uno de los elementos esenciales de la democracia desde la perspectiva de la protección de los derechos humanos.

¹³² Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 0030-2005-AI/TC, fundamentos jurídicos 20 y 22.

De lo anterior, persiste la idea de que en el Estado constitucional son los derechos los que determinan la validez y eficacia de las leyes, y no a la inversa. Este principio que debe ser resguardado en el más alto nivel, es especialmente procurado al Tribunal Constitucional a través de sus sentencias, las que tienen el valor de *“concreciones de la Constitución que se incorporan al sistema de fuentes, son parámetros jurídicos para evaluar la legitimidad constitucional de los actos legislativos, administrativos e, incluso, jurisdiccionales. Su omisión o desvinculación por parte de cualquier poder del Estado u órgano constitucional acarrea, prima facie, su nulidad”*¹³³. Si esto es así, el colegiado constitucional no puede desconocer en sus sentencias que resuelven sobre protección y restitución de derechos fundamentales, su rol de asegurador de los mismos y su trabajo interpretativo vinculado a la precisión de sus contenidos y sus límites, más aún si se repara en que los derechos son relativos y no absolutos y que permanentemente se requiere un ejercicio de ponderación entre ellos.

A tenor de lo desarrollado, queda claro que la democracia tiene que ver con una actuación conforme a ley de los poderes públicos limitada por la Constitución, norma suprema que al mismo tiempo reconoce y garantiza como finalidad esencial del Estado los derechos fundamentales de las personas, con lo que es adecuado afirmar que *“solo es Constitución auténtica, es decir, Constitución normativa, la Constitución democrática, ya que únicamente ella permite limitar efectivamente, esto es, jurídicamente, la acción del poder”*¹³⁴. Es, en estricto, por esta causa que la labor de los magistrados del Tribunal Constitucional

¹³³ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 006-2006-PC/TC, fundamento jurídico 62.

¹³⁴ Aragón, Manuel, Constitución, Democracia y Control, en: Serie doctrina jurídica N° 88, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, p. 11.

no se limita a la resolución de casos planteados a partir de sus competencias legales, sino que su actuación funcional tiene una incidencia directa y protagónica en la protección y consolidación del régimen democrático que la carta política impone. Desde que orienta su labor a garantizar el principio de supremacía constitucional¹³⁵ y la vigencia de los derechos fundamentales, tiene participación directa en el fortalecimiento de la democracia a través del resguardo de sus cimientos.

7.2.2.2 La competencia suprema y no exclusiva del Tribunal Constitucional

Qué duda cabe que en la actualidad el rol del Tribunal Constitucional, allí donde existe, es del más alto valor, considerando el trabajo interpretativo de la carta política, en tanto *norma normarum*. De aquí que se reconozca que *“la función de la jurisdicción constitucional no es solo la de ejercer una intervención restrictiva y reguladora, sino más bien la de vincular los derechos fundamentales al permanente proceso de transformación social. (...) la función de un defensor de la Constitución, institucionalizado estatalmente, es ante todo también de interpretación. Se trata de analizar a la luz de la Constitución los nuevos desarrollos y de integrar las concepciones existentes a los nuevos procesos sociales.”*¹³⁶

En similar dirección, se prioriza la razón jurídica en la interpretación que corresponde a la justicia constitucional, en tanto esta trabaja con valores que irradian a todo el sistema

¹³⁵ “El principio de supremacía constitucional constituye uno de los pilares fundamentales del Estado social y democrático de derecho. Exige una concepción de la Constitución como norma jurídica, la primera entre todas, que debe ser cumplida acorde con el grado de compromiso constitucional de los ciudadanos y gobernantes, en el sentido de que todos y cada uno de los preceptos constitucionales tienen la condición de norma jurídica, siendo cada uno parámetro para apreciar la constitucionalidad de otras normas y de los actos de gobierno”. Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 2939-2004-AA/TC, fundamento jurídico 8.

¹³⁶ Schwabe, Jürgen, Cincuenta Años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán, Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, 2003, p. 18

jurídico, sino que además tienen mayor o menor incidencia en función del contexto histórico. De allí que sea válida la idea que afirma que *“Con la razón jurídica se procura interpretar la Constitución y potenciar los valores de libertad, justicia, igualdad o pluralismo político en ella propugnados, conscientes de que la razón técnica no puede actuar vaciada de toda carga valorativa, pues el Derecho no es forma neutra, sino la estructura racional de la libertad a la que ha llegado una cultura determinada en un momento de su historia.”*¹³⁷

En consecuencia, tal es la transcendencia de la función de la justicia constitucional que no puede minimizarse la regulación sobre el modelo de elección de sus miembros, quienes serán en buena cuenta los que materializarán la jurisdicción constitucional. Es necesario comprender que el Tribunal Constitucional, por su labor de interpretación sobrepasa el ámbito estrictamente jurisdiccional, incidiendo también en la dirección de la política de Estado, pues su oficio consiste en aplicar e interpretar con carácter supremo el Derecho Constitucional, *“el cual tiene un contenido político configurador de los principios que regulan la sociedad política, normativizando los valores en que ella se sustenta, estableciendo los fines y directrices como los límites de acción estatal, y regula la estructura y funciones políticas del Estado”*¹³⁸.

Sin embargo, no es menos cierto que si bien las decisiones del Tribunal Constitucional tienen, por la naturaleza abierta de las normas constitucionales, mayor alcance de discrecionalidad, no constituye un poder absoluto ni exclusivo. De este modo, se

¹³⁷ Discurso del Presidente del Tribunal Constitucional español, Pascual Sala Sánchez, Inauguración de la 9ª Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional, Cádiz, 17 de mayo del 2012, p. 2.

¹³⁸ García Pelayo, Manuel, en: Revista Española de Derecho Constitucional, N° 1, Madrid, 1981, pp. 11-34.

sostiene que el Tribunal no debe hacer teoría general, “(...) *pero sí debe partir de los conceptos generales para resolver los casos particulares con la mayor lógica posible y, desde luego, como diría Dworkin, con la más rigurosa coherencia consigo mismo, es decir, manteniendo una misma línea de razonamiento y de conclusiones a lo largo de distintos supuestos homogéneos entre sí*”¹³⁹. Es decir, se debe procurar no invadir campos que corresponden a otras fuentes del derecho y se debe ser consecuente con la línea jurisprudencial antecedente en aras de garantizar, a través de una adecuada uniformización de sus decisiones, una justicia judicial predecible e imparcial.

En cuanto a que el colegiado constitucional no cuenta con exclusividad en algunos ámbitos en los que ejerce su labor, se resalta su significación integradora y se precisa que no es el único órgano, ni siquiera la única jurisdicción encargada de la defensa de la Constitución. Ello se puede ver con claridad en la competencia que tiene en defensa de la parte dogmática de la norma fundamental, pues actúa en los procesos de tutela de derechos, como última y definitiva instancia (no única), teniendo la competencia en las etapas precedentes órganos jurisdiccionales integrantes del Poder Judicial.

Además, es menester especificar que los límites que se le reconoce en el plano político responden también a evitar indebidas intromisiones funcionales que recaigan en asuntos de oportunidad y conveniencia, en tanto atributos propios de los poderes políticos. Así, en el nivel teórico se describen sus límites: “(...) *concentrarse en la dimensión jurídica, no actuar por propia iniciativa sino por impulso exterior y, por supuesto, dentro de competencia. Se caracteriza la jurisdicción constitucional*

¹³⁹ Tomás y Valiente, Francisco, La Constitución y el Tribunal Constitucional, en: La jurisdicción Constitucional en España, Centro de Estudios Constitucional del Tribunal Constitucional, Madrid, 1995, p.28.

*como ingrediente esencial del Estado de Derecho y salvaguarda del complejo sistema de división de poderes, siendo su función primordial custodiar la línea divisoria entre el poder constituyente y los poderes constituidos a lo largo de toda la vigencia de la Norma Fundamental". Se concluye, por tanto, en que "el Tribunal Constitucional no debe incurrir en el Gobierno de los jueces, que es una deformación del régimen democrático. Una limitación que le impide pronunciarse sobre los valores y objetivos que deba seguir el derecho, en cuanto esto es esfera de la acción política"*¹⁴⁰.

Con relación a lo puntualizado, debe anotarse que en el caso peruano el mismo Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de definir en parte su esfera competencial, llegando a aseverar que *"En el Estado social y democrático de derecho, la preservación de la constitucionalidad de todo el ordenamiento, no es una tarea que, de manera exclusiva, le compete a este Tribunal, sino que la comparten, in suo ordine, todos los poderes públicos"*¹⁴¹. Este argumento tiene relación con lo que en doctrina nacional se ha alegado sobre este tópico en el sentido que *"(...) el artículo 201 de la Constitución no confiere a este colegiado una función exclusiva y excluyente, sino suprema. No se trata, pues, de que a este Tribunal le haya sido reservada la única interpretación de la Constitución. Simplemente, le ha sido reservada la definitiva."*¹⁴²

¹⁴⁰ Discurso del Presidente del Tribunal Constitucional español, Manuel García Pelayo, con ocasión de la constitución del referido colegiado constitucional el 12 de Julio de 1980, en: Tribunal Constitucional, Discursos de sus Presidentes (1980-2005) 25 aniversario, 2006.

¹⁴¹ Sentencia recaída en el expediente 0006-2003-AI/TC, fundamento jurídico 1.

¹⁴² Landa Arroyo, César, Los procesos constitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Plaestra, Lima, 2012, p. 63.

7.2.2.3 La inadecuada regulación constitucional peruana sobre el Tribunal Constitucional

Bajo las ideas antes estudiadas, debe analizarse el texto constitucional nacional. Ciertamente, el artículo 201 de la Constitución dispone que “(...) *Los miembros del Tribunal Constitucional son elegidos por el Congreso de la República con el voto favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros*”. Es decir, en la actualidad la elección de los magistrados del órgano de control de constitucionalidad de las leyes por excelencia, corresponde precisamente al órgano controlado en este extremo: el Poder Legislativo.

Como se ha estudiado, fue la Constitución de 1979 la que incorporó por primera vez en nuestro sistema jurídico a un Tribunal de Garantías Constitucionales a través de su artículo 296: “*El Tribunal de Garantías Constitucionales (...). Se compone de nueve miembros. Tres designados por el Congreso; tres por el Poder Ejecutivo; y tres por la Corte Suprema de Justicia*”. Al respecto debe anotarse que el proyecto original presentado por el parlamentario Javier Valle-Riestra consideró 12 miembros y que la elección la debían hacer la Federación Nacional de Colegios de Abogados, el Consejo de la Magistratura, el Senado, la Cámara de Diputados, la Corte Suprema y las Facultades de Derecho; siendo que cada una debía designar a dos magistrados¹⁴³.

Como no podía ser de otra manera, la encargatura de la elección a tan altos cargos, respondía a la trascendental misión que corresponde a un Tribunal Constitucional, por lo que se requería el aseguramiento de una designación lo más democrática posible. Al respecto, refiriéndose a la Constitución de 1979,

¹⁴³ La propuesta inicial presentada por el constituyente Javier Valle Riestra recogió los aspectos más representativos de la Constitución española de 1978.

Bernales Ballesteros apunta: “(...) en ese texto también germinaba en una u otra forma la institucionalidad democrática que la Carta de 1993 recoge (...). La Defensoría del Pueblo, El Tribunal de Garantías Constitucionales (...) tienen por algún influjo o razón coincidente, formas similares en el texto español de 1978”¹⁴⁴. Precisamente, la influencia de la Constitución española, tenía correlato en el hecho de fortalecer las instituciones democráticas, que habían sido vapuleadas por las experiencias negativas de los gobiernos didactoriales precedentes, tanto de España como del Perú¹⁴⁵.

No obstante las razones válidas de la forma regulatoria del colegiado constitucional en la carta política de 1979, la norma constitucional de 1993, promovida por un gobierno de facto, impuso que el monopolio de la elección de los magistrados recaiga únicamente en el Congreso, disponiendo además que el candidato designado alcance cuando menos ochenta votos; un porcentaje elevado siempre difícil de obtener en parlamentos fraccionados como los que ha tenido y tiene el Perú, lo que exige el establecimiento de acuerdos entre distintas fuerzas políticas.

Sin embargo, dicho consenso, que aparentemente dotaría de cierta dosis de democracia a la elección, no es suficiente, no solo por los cuestionamientos a varios procesos de elección llevados a cabo, sino también porque la Constitución vigente ya no exige como requisito para los candidatos el contar con una amplia trayectoria democrática.

¹⁴⁴ Bernales Ballesteros, Enrique. La Constitución española de 1978 y la peruana de 1979, en: La Constitución de 1978 y el Constitucionalismo Iberoamericano, Ministerio de la Presidencia y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, p. 695.

¹⁴⁵ Recuérdese que la Constitución española de 1978 constituyó la respuesta reprochable al régimen político del Franquismo y al periodo histórico de la dictadura del general Franco entre 1939 y 1975; en tanto que la Constitución peruana de 1979 empezó un período democrático después de doce años de gobierno militar (el más largo de nuestra historia).

Dicho riesgo ha sido advertido por juristas de reconocida trayectoria como el profesor Francisco Eguiguren, quien precisó, con relación a la elección del 2007: “(...) *habiendo cuatro cargos por cubrir, será más fácil llegar a un acuerdo, 'repartiéndolos' entre los distintos grupos, funcionando luego la reciprocidad, es decir, que todos votarán por los candidatos acordados entre las agrupaciones, obteniendo cada una la designación del 'suyo'*”¹⁴⁶. A lo que añade: “*Lo malo no es que en el Congreso se negocie políticamente estos nombramientos, sino que se termine priorizando el criterio político sin dar la debida atención a la calificación profesional y trayectoria personal del postulante a magistrado del TC*”. Es decir, aún cuando no se pueda objetar la elección hecha por el Parlamento, se reconoce el inminente peligro de que este pueda propiciar una designación parcializada en contra de la misión constitucional del colegiado.

Asimismo, el profesor Jorge Avendaño fue más enfático en señalar las desventajas que genera el actual sistema de elección de los miembros del Tribunal Constitucional, afirmando: “*Lo malo es que en algunas elecciones pasadas, esta concertación ha dado lugar a una repartija de las candidaturas existentes, de tal modo que cada uno de los grupos políticos con presencia significativa elige a 'su' candidato. De hecho, hay líderes políticos que ya han declarado que su bancada se reunirá pronto para decidir sobre 'su' candidato. Así, como en este caso hay cuatro vacantes, todos quedarán contentos*”¹⁴⁷.

Conforme a lo descrito, e independientemente del prestigio ganado por este organismo, debe establecerse mecanismos idóneos para asegurar su legitimidad desde el inicio, lo que debe

¹⁴⁶ Eguiguren Praeli, Francisco, La elección de nuevos Magistrados al TC, en: diario Perú.21, Lima, 8 de febrero de 2007.

¹⁴⁷ Avendaño Valdez, Jorge. Elección para el TC: políticos o juristas, en: diario El Comercio, Lima, 1 de febrero de 2007.

reflejarse en un adecuado sistema de elección de magistrados que, tal como se ha estudiado, no tenemos en la actualidad. Es decir, no basta que en la práctica, hayamos tenido la “suerte” de contar con varios magistrados probos, sino que es preciso que a partir de la Constitución se garantice la institucionalización de las condiciones necesarias para dotar a este organismo de total solemnidad democrática. Debe entenderse que la designación de los miembros del Tribunal Constitucional es parte del sistema democrático que postula el actual Estado Constitucional de Derecho, y como tal debe responder a que *“la democracia no sólo debe entenderse en su aspecto formal, es decir, en su acepción de procesos electorarios y producción normativa, sino también en su aspecto material, esto es, como el respeto y garantía de los derechos humanos y de los contenidos democráticos”*¹⁴⁸. Precisamente, dentro de esos contenidos democráticos, se ubica la instauración de un proceso legítimo de elección (que es una expresión de un principio – derecho de orden constitucional, como es el debido proceso), que garantice a todos los ciudadanos una justicia constitucional imparcial, es decir, desprovista de cualquier interés particular como garantía.

7.2.2.4 La regulación constitucional comparada sobre el Tribunal Constitucional

La garantía una justicia constitucional imparcial tiene cabida en la regulación constitucional que ha institucionalizado algunos elementos democráticos en el sistema de elección de magistrados que distan de nuestra realidad normativa.

7.2.2.4.1 Los órganos encargados de la elección

Ciertamente, el artículo 159 de la Constitución española dispone que *“El Tribunal Constitucional se compone de 12 miembros*

¹⁴⁸ Remotti Carbonel, José Carlos, La Corte Interamericana de Derechos Humanos: estructura, funcionamiento y jurisprudencia, IDEMSA, Lima, 2004, p.43.

*nombrados por el Rey; de ellos, cuatro a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros; cuatro a propuesta del Senado, con idéntica mayoría; dos a propuesta del Gobierno, y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial*¹⁴⁹. Del mismo modo, según lo dispuesto en el artículo 239 de la Constitución colombiana y el artículo 44º de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, la Corte Constitucional de Colombia está integrada por nueve magistrados, nombrados por el Senado de la República para periodos individuales de ocho años de ternas designadas por el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. Es decir, en este último caso, aún cuando el Congreso es el encargado del nombramiento, existe una participación previa de otros organismos del Estado que no puede desconocer el primero.

Igualmente, el artículo 81 de la Constitución chilena, que es en esta materia probablemente la Constitución más acorde con los tiempos contemporáneos dada su reciente reforma, precisa que habrá un Tribunal Constitucional integrado por diez miembros, designados en la siguiente forma: “a) Tres designados por el Presidente de la República, b) Cuatro elegidos por el Congreso Nacional (...), y c) Tres elegidos por la Corte Suprema en una votación secreta que se celebrará en sesión especialmente convocada para tal efecto”.

Ahora bien, aunque en el caso del Tribunal Constitucional alemán¹⁴⁹, sus 16 miembros son elegidos por su Poder Legislativo, por mitades, tanto por el Bundestag como por el Bundesrat; debemos señalar que el contexto de dicho Estado tiene la particularidad de contar con un colegiado constitucional

¹⁴⁹ El Tribunal Constitucional alemán está compuesto por 16 magistrados para un período de 12 años sin existir posibilidad de reelección.

sólido forjado desde 1949, cuyo prestigio jurisprudencial se desarrolla en la doctrina más prolífica en materia constitucional expuesta a lo largo de su trayectoria. Aún el reconocimiento descrito, debe anotarse que es precisamente su modelo de elección el que hasta la fecha no goza de total acuerdo, siendo dos los cuestionamientos esenciales sobre el particular: la reducción de la elección de candidatos al círculo de miembros de los partidos o sus simpatizantes y; la idea de que la jurisprudencia constitucional a la larga tiene que mostrar la continuación de la política por otros medios¹⁵⁰.

No puede dejar de mencionarse que en el caso alemán se afirma que la decisión que debe tomar el Congreso, acaba muchas veces haciendo imposible la renovación del Tribunal o suscitando la impresión, cuando ésta se produce, de que la solución ha venido por la vía de una negociación política de reparto de cuotas (*lotizzazione* o reparto de botín), lo que no sin razón ha sido criticado, siendo cuestionablemente sorprendente una elección de los controladores por aquellos a controlar. Para superar esta objeción, se señala la ventaja de un proceso adecuadamente conducido en términos de traslación de la pluralidad de entendimientos y culturas constitucionales¹⁵¹,

¹⁵⁰ Geck, Wilhelm Karl, Nombramiento y status de los magistrados del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid, CEC, Nº 22, 1998, p.185-189.

¹⁵¹ En el caso del Tribunal Constitucional federal alemán, la elección de sus 16 magistrados corresponde al *Bundestag* y al *Bundesrat* por mitad, siendo directa la elección por el *Bundesrat*, mientras que en el caso del *Bundestag* son elegidos por una Comisión de Selección (integrada por doce parlamentarios-compromisarios) nombrada por la propia Cámara entre sus miembros según las reglas de la elección proporcional. Esta doble elección les otorga una legitimación democrática y, además, federal en cuanto a los elegidos por el *Bundesrat*. En todo caso, se exige una mayoría de dos tercios de los parlamentarios (miembros de la Comisión, en el caso del *Bundestag*) para la elección, lo que exige siempre un acuerdo, al menos, entre las dos principales fuerzas parlamentarias (en ocasiones también participan partidos pequeños que se integran en la coalición gobernante). Desde un tiempo considerable existe un acuerdo entre los dos principales partidos políticos (CDU/CSU y SPD: demócrata-cristianos y socialdemócratas) para proponer para una cuarta parte de las vacantes a personalidades neutrales, lo que sólo significa que no pueden tener militancia en un partido político, como es el caso de la mayoría de los magistrados. Brage Camazano, Joaquín, El Tribunal Constitucional Federal y la Jurisdicción Constitucional en Alemania: con particular referencia al pensamiento de Peter

siendo posible afirmar, desde una perspectiva optimista, que los magistrados, de alguna manera, terminan representando a las corrientes de opinión más significativas, existentes en la sociedad.

En todo caso, es relevante considerar que la realidad alemana no solo es distinta a la nuestra desde el espacio formal (Estado federal con un Congreso conformado por dos cámaras y con un procedimiento democrático dentro del desarrollo del procedimiento de designación), sino que la trayectoria en el ejercicio de su modelo le permite llevar a cabo una elección desvinculada del factor político, situación que en el Perú no solo no ocurre sino que no tiene visos de que cambie en el tiempo próximo.

Es importante anotar que pese a que la elección final recae en el órgano legislativo, en la etapa preliminar si se ha previsto y se practica una participación algo más democrática aunque no vinculante. De acuerdo con la Ley del Tribunal Constitucional Federal (artículo 8) el Ministerio Federal de Justicia elabora dos listas que contienen los nombres de aquellas personas que cumplan con los requisitos para ser miembro del Tribunal. La primera lista contiene los nombres de los jueces federales y la segunda prevé los nombres de personas propuestas por un grupo parlamentario del Bundestag, por el Gobierno Federal o por un Gobierno regional. Estas listas sirven a la preparación de la elección y deben ser actualizadas constantemente y presentadas a los presidentes del Bundestag y del Bundesrat hasta una semana antes de la elección. Sin embargo, debe precisarse que los órganos que realizan la elección no están limitados por ley a las personas que figuren en dichas listas. Por

Häberle y Konrad Hesse, en: Estudios sobre la Jurisdicción Constitucional (con especial referencia al Tribunal Constitucional Alemán), editorial Porrúa e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México D.F., 2005, pp. 7-10.

ello, en la práctica, las listas no han tenido un papel relevante en la mayor parte de las elecciones¹⁵².

De acuerdo con lo desarrollado se puede afirmar que la elección multisectorial es la predominante, lo que seguramente responde a la legitimidad social e institucional que debe tener el Tribunal Constitucional en el ejercicio de sus funciones. Si bien existen ejemplos como el alemán, donde la elección recae exclusivamente en el Parlamento, debe precisarse que en este caso se han previsto diversos mecanismos orientados a limitar el interés político de cara a garantizar una selección objetiva acorde con la delicada labor del colegiado. Lamentablemente la situación actual de nuestro modelo no cuenta con límites conocidos, existiendo, como se ha desarrollado en extenso, una elección predominantemente política y subjetiva con ausencia de medidas regulatorias que mitiguen el reparto de intereses partidarios.

Aun cuando pueda resultar válidamente inevitable la negociación entre los partidos políticos que más representación posean en el Congreso, este fenómeno conocido en la doctrina como la “*lotizzazione*” o reparto de botín¹⁵³ es pasible de ser contrarrestado si se procura la transparencia (conocimiento que genere opinión pública) en el proceso de elección, de tal manera que se permita reconocer a los candidatos menos competentes e idóneos. Esta situación, como se ha visto, tampoco resulta un factor previsible en el caso peruano.

¹⁵² Geck, Karl, Nombramiento y status de los magistrados del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, traducción de J. Puente Egido, en: Revista Española de Derecho Constitucional, Año 8. N° 22, enero – abril, 1988, pp. 178-179.

¹⁵³ Rubio Llorente, Francisco, El Tribunal Constitucional, en: Revista Española de Derecho Constitucional, N° 71, CEPC, Madrid, 2004.

7.2.2.4.2 El número de magistrados y la realidad social

Otro aspecto elemental que forma parte del sistema de elección es el que corresponde al número de integrantes. De acuerdo con la Constitución de 1993, el Tribunal Constitucional está compuesto por siete magistrados, a diferencia de lo que ocurría con la Constitución de 1979 que determinó nueve¹⁵⁴.

La reducción en el número de integrantes del colegiado constitucional no tiene mayor fundamento, considerando la media que tiene cabida en los ordenamientos jurídicos de otros países, ya sea en los que el Tribunal Constitucional se ha consolidado y constituye como tal un modelo a seguir, como en aquellos países donde se forjó, siendo que la tendencia del aumento de magistrados es la que parece haberse adoptado en América latina.

Efectivamente, el número de magistrados del Tribunal Constitucional español es de 12 (art. 159 inc. 1 de su Constitución); el de Alemania es de 16 (Ley del Tribunal Constitucional Federal: 1951/1993); el de Austria es de 14 (Ley Federal de 1953/1995/1997); en tanto que el Consejo Constitucional de Francia (Ley 1958/1959) está integrado por 9 miembros y la Corte Constitucional Italiana por 15 (Ley Constitucional de 1956).

Para tomar como ejemplo a dos países cercanos a nuestra realidad, veamos los casos de Colombia y Chile. En Colombia, según lo dispuesto en el artículo 239 de la Constitución y el artículo 44 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, la Corte Constitucional está integrada por 9 magistrados. Si bien en Chile, hasta tiempos relativamente

¹⁵⁴ Más aún, el proyecto inicial del Parlamentario Javier Valle-Riestra, precisaba que la composición del Tribunal de Garantías Constitucionales debía ser de doce miembros, de manera similar al Tribunal Constitucional español

recientes, se reguló en el artículo 81º de la Constitución que “Habrá un Tribunal Constitucional integrado por siete miembros (...)”, su propio Tribunal Constitucional opinó abiertamente que se debía aumentar a 9 “ministros”, posición que también fue compartida por el Parlamento chileno¹⁵⁵, situación que determinó la aprobación de la propuesta, pero con un miembro más: actualmente la conformación del Tribunal Constitucional chileno, de acuerdo con su Constitución, es de 10 miembros.

La ampliación de los magistrados constitucionales tiene justificación en la propia lógica que reviste su trascendental misión: ser el órgano de control de la Constitución¹⁵⁶; tal encargo, como resulta sensato, requiere de una superior preocupación, preparación y trabajo de sus integrantes, que se refleje en un consenso que bajo ninguna circunstancia pueda ser previamente direccionado. Precisamente, la ampliación del número de miembros tiende a ser contraria a cualquier acuerdo parcializado, en el entendido que al ser más los magistrados no solo se logra una decisión más razonada y justa, sino que es más difícil poder manipular a una mayoría con pocos integrantes; riesgo que en el caso peruano se agrava si se toma en cuenta que solo es un órgano del Estado el que elige a la integridad de los magistrados del Tribunal Constitucional. A ello debe sumarse una realidad: en el Perú no existen partidos políticos sólidos que garanticen una selección verdaderamente democrática, por el contrario, se corre el riesgo de concentrar el

¹⁵⁵ Dentro de los principales contenidos de la reforma constitucional chilena se introducen diversas transformaciones a la organización, funcionamiento y atribuciones del Tribunal Constitucional, siendo que sobre su integración, se aumenta de siete a nueve sus miembros. Resumen Ejecutivo del Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento acerca del Proyecto de Reforma Constitucional que introduce diversas enmiendas a la Carta Fundamental (Boletines N°s. 2.526-07 y 2.534-07)", preparado por la Secretaría de la Comisión del Senado.

¹⁵⁶ Recuérdese incluso que dicho precepto constitucional ha sido desarrollado tanto legislativamente (artículo 1 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional) como a través de la jurisprudencia (existe reiterada jurisprudencia al respecto, entre ellas: expedientes 0020-2005-AI/TC y 0021-2005-AI/TC) bajo los alcances de que “*el Tribunal Constitucional es el máximo intérprete de la Constitución y el órgano supremo de control de la constitucionalidad*”.

poder de la elección en el grupo más organizado (entiéndase que organizado no implica democrático ni realmente comprometido con el bien común), debido precisamente a que los parlamentarios de las bancadas inestables no necesariamente guardan disciplina con el interés grupal.

Asimismo, no puede dejarse de lado la ascendente influencia de la justicia constitucional en todos los territorios donde tiene cabida. Por ejemplo, en España, estadísticamente, dos de las tres labores del Tribunal Constitucional, los conflictos de competencia y los amparos, son muy superiores en número al control de constitucionalidad de las leyes. De esto, se confirma que *“pese a que la función de control normativo venía estimándose por la doctrina como la única función definitoria de la jurisdicción de acuerdo con las tesis más clásicas y posteriores a la I Guerra Mundial, la realidad nos confirma lo contrario”*¹⁵⁷. Se sostiene con autoridad que la jurisdicción constitucional alberga, desde la segunda posguerra un *“Tribunal ciudadano”* con competencia para enjuiciar un *“amparo constitucional”* de derechos fundamentales que es la primera en importancia estadística¹⁵⁸.

En efecto, el considerable aumento en las causas que son objeto de conocimiento por parte del Tribunal Constitucional, ha determinado una posición ascendente por la conveniencia de un incremento en el número de sus miembros, en tanto sería un elemento que contribuiría a una mejor garantía del principio de celeridad procesal que, en el caso de los procesos de tutela de derechos (con carácter urgente), tiene mayor relevancia. En este

¹⁵⁷ García Roca, Javier, La Experiencia de 25 Años de Jurisdicción Constitucional, en: La Reforma Del Tribunal Constitucional, Actas del V Congreso de La Asociación de Constitucionalistas de España, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 26 y 27.

¹⁵⁸ Haberle, Peter, El Tribunal Constitucional como Tribunal ciudadano, el recurso constitucional de amparo, Traducción y estudio preliminar de Joaquín de Joaquín Brague Camanzano, Colección de Derecho Administrativo y Político, Fundap, México D.F., 2005.

sentido, incluso en países que cuentan con un número relativamente alto de miembros como es el caso de España, se plantea su elevación, afirmándose que la opción por un número elevado de magistrados garantiza mejor, en principio, la rápida resolución de los conflictos por causa de la mera distribución material del trabajo, lo que no sucede con composiciones inferiores, por ello, se afirma que *“ante el retraso de muchos asuntos sometidos al conocimiento del Tribunal Constitucional español (especialmente los recursos de amparo), no sería desacertado un incremento de sus miembros, hasta un número de quince*¹⁵⁹.

Al respecto, es conveniente mencionar que teóricamente se acepta una clasificación de tribunales constitucionales atendiendo al número de sus integrantes¹⁶⁰. La clasificación comprende los siguientes niveles:

- *Tamaño reducido*: el caso del Consejo Constitucional francés (9 miembros),
- *Tamaño medio*: Tribunal Constitucional español (12 miembros), belga (12 miembros), griego (11 miembros)¹⁶¹, portugués (13 miembros) y austriaco (14 miembros).

¹⁵⁹ González-Trevijano Sánchez, Gonzalo, El Tribunal Constitucional, Aranzadi, Navarra, 2000, p. 70.

¹⁶⁰ Ibidem, p. 70.

¹⁶¹ Al respecto, debe aclararse que en la actualidad Grecia no cuenta formalmente con un Tribunal Constitucional, consignándose el dato descrito a partir de su última conformación bajo la vigencia de la Constitución griega de 1975. En efecto, en la Constitución griega de 1968 (artículos 95 y ss.) se incorporó, bajo el modelo austriaco y por influencia alemana, un Tribunal Constitucional. Si bien, por razón de la dictadura militar, tuvo una consagración puramente formal, su importancia radicó en una adecuada regulación constitucional. Con la caída de la dictadura y el restablecimiento del orden constitucional, se derogó la Constitución de 1968 y se expidió la Ley Fundamental en 1975, donde se suprimió el Tribunal Constitucional pero se impusieron otros mecanismos para tutelar la carta política. Fix – Zamudio, Héctor, Tribunales Constitucionales y Derechos Humanos, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1980, pp. 160 a 162.

- *Tamaño amplio*: Tribunal Constitucional alemán (16) e italiano (15 miembros cada uno).

Tal como se aprecia, en el caso del Tribunal Constitucional peruano no se puede considerar a su tamaño ni como de naturaleza reducida, pues el número de sus miembros es menor a 9. Esto nuevamente nos lleva a preguntarnos cuál fue la razón de su reducción, sobre todo si se toma en cuenta que la Constitución de 1979 previó un número de 9 miembros; la respuesta seguramente la encontraremos en el contexto de la aprobación de la Constitución de 1993 y el antedicho mayor riesgo de manipulación que genera una composición reducida de magistrados.

Con relación a lo anterior, no debe perderse de vista que la justicia constitucional no puede estar desligada de la sociedad, ni de la democracia, todo lo contrario, debe permanecer entre todos los ciudadanos sobre el que tiene competencia un determinado Estado. Recuérdese que el contrapoder empieza por el autocontrol de quien conoce los mecanismos estructurales; autocontrol ético, moral, deontológico, jurídico, que impiden al juez constitucional apropiarse del poder para sus propios fines. Por lo tanto, es preciso que los órganos que ejercen la alta misión de designar a los miembros del Tribunal Constitucional realicen necesariamente un mayor acercamiento a la realidad, con el fin de no plantear formulaciones a veces incongruentes que contribuyan al debilitamiento de su autoridad e institucionalidad.

Efectivamente, ese riesgo de desconocer la realidad muchas veces permite que un Tribunal Constitucional siga la línea en determinados temas de otro órgano referente cuya labor se desarrolla en un distinto contexto histórico, como puede ser el

Tribunal Constitucional alemán. En todo caso, es útil tener presente que “(...) *la jurisprudencia alemana no puede ser aplicada en una relación 1:1 en los ordenamientos jurídicos de los países latinoamericanos; se debe tener cuidado al trasladar al extranjero determinados pronunciamientos de un tribunal alemán, sin conocer muy bien el contexto específico en que la sentencia fue dictada. No obstante, (...) la jurisprudencia alemana con su profundidad dogmática y su riqueza de detalles puede ser en muchas ocasiones al menos una ayuda para la interpretación de las normas constitucionales en el extranjero*”¹⁶².

Asimismo, no puede olvidarse que la función del Tribunal Constitucional también abarca el aspecto político sin que ello implique que pertenezca a la política. Ciertamente, en los hechos este órgano constitucional está comprendido en el sistema de control y balance de poderes, en especial con los poderes Ejecutivo y Legislativo. Su rol, entonces, tiene implicancia en la dirección política del Estado “*ya que su función es interpretar y aplicar con carácter supremo el Derecho constitucional, es decir, un Derecho de contenido político al menos en el sentido de que establece los principios configuradores de la unidad política nacional, normativiza los valores en que ésta se sustenta, establece límites y directrices para la acción estatal y, a través de la institución de órganos, de la determinación de sus competencias y del sistema de las relaciones entre ellos, regula la estructura y las funciones políticas del Estado*”¹⁶³.

¹⁶² Schwabe, Jürgen, Cincuenta Años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán, Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, 2003, p.17

¹⁶³ García-Pelayo, Manuel. El status del Tribunal Constitucional. en: Revista Española de Derecho Constitucional, Año 1, Nº 1, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, enero-abril 1981, p. 24.

Igualmente, es verdad que todo juez que decide sobre la constitucionalidad de las leyes, aún cuando se trate de un juez ordinario y lo haga sobre un caso concreto, realiza una actividad al mismo tiempo jurisdiccional y política, entendida esta última como la interpretación y aplicación de los valores y principios básicos o supremos contenidos en la Carta Fundamental¹⁶⁴. Más aún, en la actualidad se reconoce que pese a que el sentido más empleado es el que identifica a la justicia constitucional con el control de constitucionalidad de las leyes, parece operar con un concepto más amplio que puede hacerse coincidir con “el control de constitucionalidad del poder”¹⁶⁵.

Bajo tal perspectiva, tampoco puede desconocerse, para efectos de regular el sistema de elección de magistrados, que la presencia de la jurisdicción constitucional es cada vez mayor e influyente, al punto que independientemente de la existencia expresa de un órgano autónomo del Poder Judicial como es el Tribunal Constitucional, en muchos sistemas jurídicos hay presencia de órganos que realizan sus tareas de forma similar. Ciertamente, inclusive en algunos países donde se adopta el sistema americano o difuso de control de constitucionalidad, el órgano jurisdiccional de mayor jerarquía funge materialmente como un Tribunal Constitucional, por ejemplo, *“sucede en Estados Unidos, donde si bien las resoluciones de la Corte Suprema Federal operan solo para el caso particular, en la práctica tienen efectos generales, debido a la fuerza vinculante del precedente jurisprudencial derivado de la doctrina del stare decisis; por lo que aunado al writ of certiorari introducido desde el año 1925 consistente en la facultad discrecional para conocer de los asuntos relevantes y trascendentales del país, la Corte*

¹⁶⁴ Fix Zamudio, Héctor, Ensayos sobre el Derecho de Amparo, UNAM, México D.F., 1993, p. 178.

¹⁶⁵ Rubio Llorente, Francisco, Tendencias Actuales de la Jurisdicción Constitucional en Europa, en: Estudios sobre Jurisdicción Constitucional, McGraw Hill, Madrid, 1998, pp. 155-158.

*Suprema resuelve mayoritariamente asuntos de índole constitucional*¹⁶⁶.

7.2.2.4.3 El período del mandato

Otro asunto de relevante consideración es la regulación en materia de la etapa funcional, pues según el artículo 201º de la Constitución actual el período de mandato de los magistrados del Tribunal Constitucional es de cinco años sin reelección inmediata. Efectivamente, teniendo en cuenta el alto encargo de los miembros del Tribunal Constitucional, no entendemos la razón de haber instaurado un período tan corto, más aún cuando la naturaleza del cargo de magistrado no puede equipararse al de Parlamentario o al de Presidente, que son órganos eminentemente políticos y que responden a una marcada tendencia coyuntural producto de la elección popular. Los integrantes del colegiado constitucional cumplen una labor con vocación permanente, en virtud de los precedentes constitucionales que institucionalizan, agregándose a ello, las condiciones técnicas y éticas con que deben contar.

Si revisamos la Constitución de 1979, tenemos que el período duraba seis años, siendo que el tribunal se debía renovar por tercios cada dos años, precisándose además que sus miembros eran reelegibles. No solo el período de mandato era mayor sino que se podía producir la reelección, lo que no sucede con la carta política vigente, que además de incluir un período muy reducido, cierra cualquier posibilidad de ampliación del mismo.

Al respecto, es propicio recurrir al Derecho Comparado. La Constitución española en su artículo 159 precisa: “*Los miembros del Tribunal Constitucional serán designados por un período de*

¹⁶⁶ Ferrer Mac-Gregor, Los tribunales constitucionales en Iberoamérica, Fundap, México, 2002, p. 56 y 57.

nueve años y se renovarán por terceras partes cada tres". Igual período, siguen los magistrados constitucionales en Italia y Francia, en tanto que en Alemania el mandato es por doce años, a diferencia de Austria y Bélgica, donde el cargo de miembro del Tribunal Constitucional es vitalicio en el caso del primero y permanente con límite de sesenta años en el caso del segundo.

En Colombia los jueces de la Corte Constitucional son elegidos por períodos individuales de ocho años, entre tanto, con la reforma constitucional chilena el período de los magistrados de su Tribunal se ha ampliado a nueve años, renovándose por parcialidades cada tres.

Bajo tales consideraciones, creemos que es conveniente la propuesta planteada por el Congreso de la República en el Anteproyecto de Reforma de la Constitución, cuyo artículo 231 dispone: *"El Tribunal Constitucional (...). Es el titular fundamental de la justicia constitucional y supremo intérprete de la Constitución. Está integrado por nueve magistrados"*, agregándose en el siguiente artículo: *"(...) La elección es por siete años, no procede la reelección inmediata (...)"*. El texto no solo concluye el tema recurrente de las atribuciones del Tribunal Constitucional sino que también es consecuente con dicha definición: ante la tarea de interpretar en supremo grado la Constitución, es comprensible y necesario que sus miembros gocen de un período razonablemente amplio, de tal forma que les permita desarrollar precedentes en una línea coherente, producto del ordenamiento de su jurisprudencia.

7.2.2.4.4 La exigencia de la trayectoria democrática

Queda repasar un aspecto de absoluta importancia, cual es el requisito de la trayectoria democrática, como elemento esencial del sistema de elección de magistrados del Tribunal

Constitucional. Al respecto, la Constitución de 1979 estableció en su artículo 297: “*Para ser miembro del Tribunal, se exigen los mismos requisitos que para ser Vocal de la Corte suprema y probada ejecutoria democrática y en defensa de los Derechos Humanos (...)*”. No obstante la claridad del fundamento de tal exigencia, la Carta de 1993 suprimió este último requisito sin mayor motivación válida que la suspicacia generada por una norma que fue producto de un golpe de Estado. Ello, por cuanto resulta indispensable que los miembros del Tribunal Constitucional cuenten con una impecable trayectoria democrática a la luz de ser los encargados de interpretar la Constitución no solo en última instancia sino que dicha decisión tendrá fuerza normativa y, por tanto, será vinculante para todos los poderes públicos y los particulares.

Por ello, si bien el artículo 12 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que instituye como impedimento para ser magistrado del Tribunal Constitucional haber ejercido cargos políticos o de confianza en gobiernos de facto, ha mejorado en alguna manera la regulación constitucional, ello no resulta suficiente, si se tiene presente que una conducta antidemocrática no se agota en el ámbito de un gobierno de facto. Así por ejemplo, no reuniría las condiciones para ser magistrado aquel que haya promovido, defendido o aprobado leyes manifiestamente violatorias de los derechos humanos¹⁶⁷.

Por tal razón, y atendiendo a la propia naturaleza del órgano constitucional, tiene justificación la propuesta de modificación constitucional en este extremo de retornar los alcances de la Constitución de 1979. Además, es justificado adoptar una posición progresiva, superando la citada exigencia con otra que

¹⁶⁷ Abad Yupanqui, Samuel, La importancia de una elección, En: Diario El Comercio, Lima, 12 de febrero de 2007.

le resulte concordante: la especialización del miembro elegido. Efectivamente, si existe un elemento que ha identificado a los magistrados de un Tribunal Constitucional idóneo es la interiorización de la relación imprescindible entre la magistratura constitucional, la moral y el Derecho, recuérdese que “(...) *no es suficiente que los candidatos a magistrados constitucionales tengan las cualidades de imparcialidad y especialidad. Se requiere también cualidades personales y humanas. Esto significa una profunda formación en principios éticos personales, como la justicia, sabiduría, moderación, tolerancia, pluralismo, humildad intelectual y capacidad de trabajar en equipo (...)*”¹⁶⁸. Lamentablemente, esta posición aún parece estar alejada de convertirse en una realidad considerando los antecedentes del Congreso¹⁶⁹.

En esta parte consideramos conveniente tomar en cuenta la posibilidad de incorporar de manera formal un perfil de magistrado para efectos del proceso de elección, pues es preciso que a la par de tener condiciones de legitimidad o especialidad en la rama constitucional, los miembros del Tribunal Constitucional deben contar con un conjunto de valores personales que lo respalden durante el ejercicio del cargo. Para estos fines, es pertinente apreciar el trabajo llevado a cabo por el Instituto de Defensa Legal, quien a través de una propuesta de modificación del Reglamento del Congreso sobre la elección

¹⁶⁸ Discurso del Dr. César Landa Arroyo con ocasión de asumir la presidencia del Tribunal Constitucional, Lima, 15 de diciembre de 2006.

¹⁶⁹ El Congreso de la República ha archivado iniciativas que han planteado introducir el requisito de la trayectoria democrática para los candidatos a miembros del Tribunal Constitucional. Lo propio ocurrió con el Proyecto de Ley N° 888/2006-CR, presentado el 18 de enero del 2007 por el ex Presidente de la Comisión de Constitución y Reglamento, Aurelio Pastor, cuyo planteamiento fue la modificación del artículo 201 de la Constitución con el siguiente texto: “*Para ser magistrados del Tribunal Constitucional se requiere los mismos requisitos que para ser juez de la Corte Suprema y tener una probada trayectoria democrática y de defensa de los derechos fundamentales.*”

de magistrados del Tribunal Constitucional (2009)¹⁷⁰ ha precisado las cualidades internas necesarias que deben reunir los magistrados para satisfacer las actuales exigencias tanto de la sociedad como de la función jurisdiccional. En tanto las condiciones propuestas resultan adecuadas con un perfil de magistrado consecuente con la garantía suprema de la Constitución, es conveniente mencionarlas:

- *Trayectoria de vida personal y profesional intachable*: Debe haber exhibido a lo largo de toda su vida profesional y pública una conducta ejemplar intachable y debe estar ajeno a cualquier hecho de corrupción y de faltas a la moral o a la a buenas costumbres.
- *Compromiso y experiencia en la defensa de los derechos fundamentales, del Estado de Derecho y de la democracia*: Debe haber exhibido a lo largo de toda su vida pública, un profundo compromiso y una experiencia en materia de defensa de los derechos fundamentales, de la supremacía de la Constitución, del Estado de Derecho y de una cultura de paz.
- *Formación jurídica especializada*: Sólida formación jurídica en teoría general del derecho, y conocimientos especializados en materia de derecho constitucional.
- *Independencia e imparcialidad*: La independencia se expresa en la no sujeción en el ejercicio de las funciones a las autoridades y organismos públicos integrantes de los otros poderes del Estado. La Imparcialidad se manifiesta en la

¹⁷⁰ Documento de Trabajo N° 32 del 6 de agosto de 2009. Para determinar las cualidades se tomó como referencia inicial el texto de la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial sobre Fundamentos estructurales de la reforma del Poder Judicial, Lima, Secretaría Ejecutiva del Poder Judicial, 1999.

neutralidad que el magistrado debe observar frente a los intereses en pugna en un conflicto dado.

- *Tener honestidad e integridad moral*: Debe de ser honesto, no solo en el desarrollo de sus actividades propias del cargo, sino en su vida personal, porque es en su conjunto, la imagen que la sociedad tendrá de él.
- *Espíritu de Servicio*: Debe de facilitar los medios para que su potestad jurisdiccional llegue a los justiciables en forma expedita y oportuna, sin trabas burocráticas ni impedimentos. Como servidor público, debe estar dispuesto a escuchar las críticas que se le formulen y a rescatar de ella los elementos que le permitan mejorar su función.
- *Espíritu Analítico y Crítico*: Debe conducirse mediante un examen atento y uso adecuado del razonamiento jurídico, evaluando los argumentos de los contendientes para confrontarlos entre sí, con los hechos y las normas positivas atinentes al caso bajo análisis.
- *Capacidad Lógica - Jurídica y de Argumentación*: Debe ser diestro en el razonamiento lógico aplicado a las normas legales y constitucionales, y al establecimiento de los hechos de un caso, razonamiento guiado por principios y métodos de interpretación legal. Capacidad para dar razones que justifican la decisión final sobre cada caso.
- *Conocimiento del Contexto Socioeconómico de la Sociedad y capacidad de adaptabilidad al cambio*: Debe estar atento al devenir de la vida y de la conducta humana en su comunidad o localidad. Debe tener una formación e información suficiente

para comprender los procesos socioeconómicos por los que atraviesa la comunidad, y considerar dichos elementos para evaluar el impacto social de sus decisiones.

- *Espíritu Creativo*: No debe ser un mero aplicador de la ley, sobre todo, frente a casos difíciles en los que el sistema legal no ofrece una respuesta inmediata a primera vista. El magistrado constitucional es el sumo intérprete de la Constitución, teniendo el deber de llenar los vacíos o lagunas con su innovación e interpretación.

En todo supuesto, es preciso entender que el principio democrático es el elemento configurador por excelencia del esquema orgánico y funcional del Tribunal Constitucional, por lo que la acreditación de una comprobada vinculación y un manifiesto conocimiento por los valores que comprende dicho principio, resultan de impostergable regulación en el más alto nivel, cual es el constitucional. Entonces, a la par de la aptitud democrática se debe incluir el notable grado de conocimiento del Derecho, producto de la experiencia y la calificación del postulante, como sucede en España, en tanto su Constitución en el artículo 159 exige: “*Los miembros del Tribunal Constitucional deberán ser nombrados entre Magistrados y Fiscales, Profesores de Universidad, funcionarios públicos y Abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional*”. Esta regulación expresa además, la coherencia de su sistema de elección con el principio democrático, en el entendido que la competencia requerida no se agota en el plano de la docencia universitaria. Al respecto, resulta pertinente traer a colación lo manifestado por el propio ex Presidente del Tribunal Constitucional peruano, Javier Alva, quien, pese a no ser categórico, sugirió: “(...) *Tal vez lo más apropiado hubiera sido establecer como requisito para acceder*

al cargo que se establezca una prioridad a la experiencia en la docencia universitaria o, en el peor de los casos, que se prevea en diez años la experiencia en el ejercicio profesional –sea en la condición de profesor universitario, juez, fiscal o abogado independiente- del postulante”¹⁷¹.

7.2.3 Marco conceptual

El marco conceptual de la presente investigación, de acuerdo con la naturaleza de la materia desarrollada, tiene marcada incidencia en los alcances del concepto de control constitucional de las leyes, en la autonomía de las atribuciones del Tribunal Constitucional en su condición de órgano de control de la Constitución y en el contenido de los elementos que componen el sistema de elección de sus magistrados.

7.2.3.1 La dinámica del Tribunal Constitucional y la Constitución

La relación entre el Tribunal Constitucional y la Constitución es absolutamente permanente, en la medida en que el primero es un elemento trascendental (allí donde existe) para garantizar a la segunda, por tanto, su existencia se la debe a esta. En este supuesto, e independientemente de la discusión doctrinaria sobre el inicio y origen del control de constitucionalidad, es consenso que la Constitución es el punto de partida y llegada del ejercicio de la labor jurisdiccional que desempeña todo Tribunal Constitucional.

Con la mencionada precisión es válido que se afirme que “(...) *Su punto de partida es, como se comprende, que la Constitución es una norma jurídica y no cualquiera, sino la primera de todas, lex superior, aquella que sienta los valores supremos de un*

¹⁷¹ Alva Orlandini, Javier, Composición del Tribunal Constitucional, En: La Constitución comentada: análisis artículo por artículo, Vol. I, Gaceta Jurídica, Lima, p.1115.

*ordenamiento y que desde esa supremacía es capaz de exigir cuentas, de erigirse en el parámetro de validez de todas las demás normas jurídicas del sistema*¹⁷². En igual dirección, la doctrina jurisprudencial concluye que *“la Constitución es una norma, pero una norma cualitativamente distinta de las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de la convivencia política y de informar todo el ordenamiento jurídico”*¹⁷³.

En concordancia con lo descrito, el Tribunal Constitucional peruano ha desarrollado ampliamente el valor de la Constitución (que es su canon de interpretación) en el ordenamiento jurídico nacional, institucionalizando el principio de supremacía normativa, permanentemente presente en su jurisprudencia. Ha señalado que la supremacía normativa de la Constitución de 1993 está recogida en sus dos vertientes: *“tanto aquella objetiva, conforme a la cual la Constitución se ubica en la cúspide del ordenamiento jurídico (artículo 51º: la Constitución prevalece sobre toda norma legal y así sucesivamente), como aquella subjetiva, en cuyo mérito ningún acto de los poderes públicos (artículo 45º: el poder del Estado emana del pueblo, quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen), o de la colectividad en general (artículo 38º: todos los peruanos tienen el deber de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación), puede desconocer o desvincularse respecto de sus contenidos”*¹⁷⁴.

¹⁷² García De Enterría, Eduardo, La invención norteamericana de la *judicial review* y su papel en el sistema, citado por Aníbal León, Aníbal, Los excesos del Tribunal Constitucional peruano: a propósito del control concentrado de la Constitución, en: Estudios Constitucionales, Año 3, Nº 2, Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca, 2005, p.30.

¹⁷³ Sentencia del Tribunal Constitucional español 9/1981, del 31 de marzo, citada por Fernández Segado, Francisco, Los sistemas constitucionales iberoamericanos, García Belaunde, Domingo y otros (Coordinadores.), Dickinson, 1992, pp. 368 y 371-372.

¹⁷⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 0005-2007-PI/TC, fundamento jurídico 6.

Con relación a lo anterior, se aplica el principio de la fuerza normativa de la Constitución, que es parte medular en su trabajo de interpretación, y que comprende a su vez: i) una *fuerza activa*, entendida como aquella capacidad para innovar el ordenamiento jurídico, pues a partir de ella existe una nueva orientación normativa en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico, derogando expresa o implícitamente aquellas normas jurídicas infraconstitucionales que resulten incompatibles con ella (en las que precisamente se produce un supuesto de inconstitucionalidad sobrevenida); y ii) una *fuerza pasiva*, entendida como aquella capacidad de resistencia frente a normas infraconstitucionales que pretendan contravenir sus contenidos¹⁷⁵.

Entonces, conforme con lo señalado y con el estudiado a lo largo del presente trabajo, debemos entender que cuando hacemos referencia a la relación entre la Constitución y el Tribunal Constitucional, resaltan los factores de complementariedad (uno le da existencia y autonomía al otro para que garantice la vigencia del primero) y dinamismo (la defensa de la Constitución por parte del Tribunal es permanente y se expresa con el respeto a su sistema de precedentes). Asumiendo que garantizar la autonomía del Tribunal Constitucional recae en la vigencia de la norma constitucional, se comprenderá la vital necesidad de institucionalizar un adecuado modelo de elección de magistrados.

¹⁷⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 00047-2004-AI/TC, fundamento jurídico 56.

7.2.3.2 La relación entre los modelos de control constitucional

De acuerdo con los modelos de control constitucional ilustrados ampliamente por la doctrina, y de cara a la evolución que ambos han tenido hasta la fecha en los sistemas jurídicos donde se han desarrollado, es evidente que no guardan necesariamente una relación de orden opuesta o conflictiva.

En efecto, los dos paradigmas de la jurisdicción constitucional son el norteamericano y el europeo: el de la *judicial review* y el de la *Vefassunsaerichtsbarkeit*, siendo que el estudio de las tendencias actuales de la jurisdicción constitucional se hace generalmente, tomando en cuenta estos dos modelos, cuya creciente convergencia parece un hecho generalmente admitido. Así, puede mencionarse que *“Es conocido que la Corte Suprema norteamericana raramente se ocupa de cuestiones que no entrañen problemas de constitucionalidad; que es, en razón de la selección que ella misma hace, un Tribunal Constitucional, por lo que adopta modos y formas propios de un Vefassunsaerichtsbarkeit. También es sabido que los tribunales europeos, empujados por la necesidad, se han visto forzados, incluso en Francia, a sustituir el pronunciamiento sobre el precepto por el pronunciamiento sobre la norma que la interpretación detrae de él, a disociar en más de un caso inconstitucionalidad y nulidad, aproximarse, en definitiva, al estilo propio de la judicial review”*¹⁷⁶.

A ello, debe sumarse el contexto de algunos ordenamientos nacionales donde confluyen los dos tipos de modelo como efectivamente es el caso peruano, cuya Constitución de 1993 ha establecido un modelo dual o paralelo, al coexistir los sistemas

¹⁷⁶ Rubio Llorente, Francisco, Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa, en: La jurisdicción constitucional chilena ante la reforma, Cuadernos de Análisis Jurídico, Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho, Santiago de Chile, 1999, p. 38.

difuso y concentrado de control constitucional¹⁷⁷. Esto supone la presencia y funcionamiento del modelo difuso y concentrado a la vez, en virtud de dos características básicas: La primera que ambos sistemas no se crucen, en cuanto al órgano que lo ejerce y en cuanto a sus efectos, es decir, que funcionen en forma paralela. Por otro lado, se requiere que el órgano que ejerce el control difuso sea una institución integrante de la jurisdicción ordinaria, mientras que el que ostenta el modelo concentrado sea un órgano externo al judicial.

El Tribunal Constitucional, en tanto órgano que tiene a su cargo, principalmente, hacer efectiva la primacía de la Constitución, tiene la atribución de revisar la adecuación de las leyes, y procesos referentes a la constitución. La tarea del Tribunal Constitucional es ejercer una función jurisdiccional, resolviendo conflictos de carácter constitucional, que puede incluir la revisión de la actuación del Congreso, la protección de los derechos fundamentales y la distribución de competencias entre los poderes constituidos. Bajo esta línea de ideas, el modelo de control de constitucionalidad elegido no permite diferenciar modelos distintos de selección de magistrados, pues no existe relación *sine qua non* entre el sistema de control constitucional y el sistema de designación de miembros del Tribunal Constitucional.

7.2.3.3 La elección del modelo de control constitucional

La adopción de un Tribunal Constitucional en un determinado ordenamiento jurídico se relaciona directamente con el modelo de control constitucional establecido. En tal sentido, uno de los

¹⁷⁷ Define al modelo dual o paralelo (aunque, puede llamarse así indistintamente) a aquél que en un mismo país o un mismo ordenamiento jurídico, co-existen el modelo americano (difuso) y el modelo europeo (concentrado), pero sin mezclarse, deformarse ni desnaturalizarse. García Belaúnde, Domingo, La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo, en: La Ley, Buenos Aires, octubre de 1998, pp. 1 y ss.

asuntos de permanente discusión es la conveniencia de adoptar uno u otro sistema, el que en todo caso, no debería permanecer indiferente al contexto en el que se desarrollará.

Ciertamente, la elección por el modelo teórico más adecuado, convincente y mejor estructurado dogmáticamente, es solamente una opción, pues lo verdaderamente relevante en todo análisis científico es, en primer lugar, que se pueda explicar cada uno de los sistemas en su contexto y, en segundo lugar, evaluar si es operativo. Lo importante es determinar si el modelo es eficaz para la realidad política, jurídica y social en la que tendrá ejercicio. Al respecto, el profesor García Belaúnde anota: *“Lo que vale en mi criterio, no es qué sistema es mejor desde un punto de vista teórico, sino cuál es el sistema que mejor se adapta al entorno histórico de cada sistema jurídico y además, si este realmente es útil. Así considerados, es indudable que ambos sistemas, enfocados dentro de sus respectivos ambientes, sirven y son operativos, y no vemos porqué debemos preferir uno al otro. Lo que importa, repito, es si funcionan y si ayudan a la supervivencia del ordenamiento jurídico dentro de un determinado país”*¹⁷⁸

En una línea de pensamiento similar, García de Enterría describe que *“(...) el postulado de que el canon estudioso del rigor impone reflexionar a partir de enteros sistemas foráneos de referencia. No caben las importaciones fragmentarias o a medias de institutos inconexos; las normas y las instituciones, fuera de su contexto, son letra muerta y cáscaras vacías; peor aún, una institución jurídica desencajada de su contexto legal y cultural*

¹⁷⁸ García Belaúnde, Domingo, Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, Vol. I, México D.F., 2003, pp. 310-311.

*suele producir efectos perniciosos y desequilibradores en el ordenamiento jurídico en que se inserta*¹⁷⁹

En consecuencia, el modelo de control constitucional debe ser coherente con la realidad en que tendrá aplicación. Si bien se puede promover un nuevo sistema, es preciso generar espacios y mecanismos progresivos de adaptación eficaz. Así, si se elige tener un Tribunal Constitucional, el sistema jurídico debe otorgarle el mayor nivel de autonomía, garantizando su composición idónea, así como el regular cumplimiento de sus atribuciones y el respeto a sus decisiones de orden jurisdiccional.

7.2.3.4 La autonomía y legitimidad del Tribunal Constitucional

Respecto del concepto de autonomía, podemos citar al propio Tribunal Constitucional peruano que ha referido a través de su jurisprudencia: *“La autonomía, en abstracto, puede entenderse como (...) la libertad de determinación consentida a un sujeto, la que se manifiesta en el poder de darse normas reguladoras de su propia acción, o, más comprensivamente, como la potestad de proveer a la protección de intereses propios y, por tanto, de gozar y disponer de los medios necesarios para obtener una armoniosa y coordinada satisfacción de los propios intereses”*¹⁸⁰.

A su vez, esta autonomía, en el caso de los órganos estatales y claro está, dentro de los límites del Estado Constitucional de Derecho, exige la presencia del elemento legitimidad para su efectivo ejercicio; legitimidad que, en el caso del Tribunal Constitucional, debe partir por un correcto sistema de elección

¹⁷⁹ García De Enterría, Eduardo, El alcance del control judicial de las administraciones públicas en los Estados Unidos de América, editorial MacGraw-Hill, Madrid, 1996. Citado por López Pina, Antonio, Manual de derecho constitucional, segunda edición, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2001, p. XXIV.

¹⁸⁰ Expediente 0013-2003-AI/TC, fundamento jurídico 6, citando a Costantino Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, 9ª ed., Tomo II, Padova, Cedam, 1976. p. 823.

de magistrados, de tal forma que ella responda a los valores democráticos que inspiran su creación, funcionamiento y orientación.

A tenor de lo anterior, debemos precisar que la razón de ser del Tribunal Constitucional se encuentra en el hecho de que ha de contar con una legitimación muy especial para ejercer con eficacia sus competencias. De esta manera, requiere de una legitimación que le es dada, tanto por una forma muy peculiar de selección de sus jueces, como por la intervención de órganos democráticos en la designación de sus miembros. Al respecto, es pertinente recordar al a Fernández Segado cuando apunta: *“el Tribunal Constitucional debe responder a las corrientes de opinión existentes en el país; ha de sintonizar con el sentir social; no puede ser un órgano desvinculado de la sociedad”*¹⁸¹.

Entonces, al concepto de legitimidad debe sumarse el principio democrático, en tanto un indicador del avance del proceso de democratización del Estado, debe verificarse tanto por el resultado de las resoluciones judiciales del Tribunal Constitucional, como por la legitimidad en su origen, organización y funcionamiento, donde la elección del juez constitucional juega un papel medular de dicho proceso. Todo sistema para renovar las plazas vacantes de magistrados de un Tribunal Constitucional debe contribuir a fortalecerlo, mediante el establecimiento y respeto de las reglas de su elección, así como, la adecuada identificación del perfil del magistrado constitucional¹⁸².

¹⁸¹ Fernández Segado, Francisco, La jurisdicción constitucional en la reforma de la Constitución de Bolivia, en: Una mirada a los Tribunales Constitucionales: las experiencias recientes, Serie: Lecturas Andinas 4, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1995, p. 91.

¹⁸² Landa, César. Estudios sobre Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, México D.F., 2006, p. 78.

De acuerdo con las ideas presentadas, es valioso recurrir a estudiosos de los alcances de la legitimidad con relación a la materia jurídica. Para ello, es conveniente citar a Max Weber, quien en su análisis sobre la tensión entre legalidad y legitimidad, señala la existencia de tres tipos diferentes de legitimidad: 1) la legitimidad carismática, cuando el acatamiento y consenso que avalan al jefe se originan en su "carisma", 2) la legitimidad tradicional, que es aquella adhesión y respaldo que emerge del tiempo, de la consagración histórica, de la tradición popular y la 3) la legitimidad racional, que es aquel consenso emergente de una normativa jurídica con vigencia sociológica, que respalda el acceso al poder y su ejercicio. Cuando los gobernados han participado en la elaboración de tales normas, se produce una legitimidad democrática. Esta legitimidad no se subsume en la legalidad; la sobrepasa. La legalidad es un concepto puramente jurídico. La legitimidad es un concepto político, más sutil y ponderable¹⁸³.

En esa línea, es posible aplicar dicha dimensión racional en la legitimidad de la normativa y de los órganos encargados de la elección de miembros del Tribunal Constitucional. La regulación en este ámbito no debe desconocer la realidad: el monopolio de la designación la tiene un solo órgano que, considerando sus antecedentes, no ha cuidado el desarrollo de una elección objetiva ni imparcial. Asimismo, tomando en consideración la amplitud de los alcances de las resoluciones del Tribunal Constitucional no resulta democrático que solo sea el Congreso el encargado de la designación de sus jueces, más aún cuando es un ente político que por principio, es controlado por el colegiado constitucional. En buena cuenta, no basta con que tengamos una regulación relativamente previsible sobre el sistema de elección de magistrados, sino que es necesario

¹⁸³ Freund, Julien, Sociología de Max Weber, Península, Barcelona, 1973, p. 195.

evaluar, a partir del contexto nacional y de las altas atribuciones del Tribunal Constitucional, si dicha normativa es la más adecuada.

7.2.3.5 La labor jurisdiccional del Tribunal Constitucional

La sujeción a la ley y, ante todo, a la Constitución, transforma al juez en garante inmediato de los derechos fundamentales, garantía que puede oponer incluso al legislador, a través de la censura de la invalidez de las leyes que violan tales atributos. Esta idea ha hecho que se considere desfasado el viejo modelo de "*sujeción a la letra de la ley cualquiera que sea su significado*", dando paso a la sujeción a la ley siempre que esta sea válida por estar conforme con la Constitución.

En tal supuesto, toda actividad jurisdiccional de orden constitucional debe valorar dos aspectos esenciales: la tutela de los derechos fundamentales (con la técnica y responsabilidad que ello implica) y la sujeción de los poderes públicos a la Constitución y a la ley, que es la garantía máxima contra la arbitrariedad y las violaciones de la misma voluntad de la mayoría que produjo la ley. En el Estado Constitucional de Derecho la función jurisdiccional constitucional tiene a su cargo (como la ejecutiva y la legislativa) la realización de los principios fundamentales sobre los que se asienta la organización del sistema republicano y democrático adoptado por la Constitución.

Bajo tal perspectiva, la importancia de la jurisdicción constitucional debe reposar en su autonomía, de modo que le permita cumplir efectivamente con sus funciones. En este sentido, y como se ha visto, es apreciable que en América Latina sea notable el desarrollo de la jurisdicción constitucional en los últimos dos decenios, lo que también se ve en el auge de la jurisdicción constitucional como materia académica. Sin

embargo, la autonomía de los órganos pertinentes sigue cuestionada, como sucede en el caso peruano, entre otras razones, por la naturaleza política del órgano único encargado de la designación de los miembros del Tribunal Constitucional. No es menos cierto entonces que se observan conflictos por el control político de los tribunales, intervencionismo del Ejecutivo, sustitución de jueces que toman decisiones adversas al poder en ejercicio (lo que sucedió incluso en el caso peruano por la dación de la sentencia sobre la ley de interpretación auténtica en el caso de la reelección del ex presidente Alberto Fujimori), entre otros, que determinan el replanteamiento de mecanismos que permitan una eficaz garantía de una jurisdicción constitucional verdaderamente autónoma.

Tal es la importancia de la jurisdicción constitucional en el mundo, a partir de la proliferación de los tribunales de justicia supranacionales en materia de protección de derechos humanos, que ha producido la atención de los juristas en todos los continentes donde se cuenta con este tipo de jurisdicción. Así, se afirma el nacimiento (en fase de formación) de una nueva disciplina jurídica denominada Derecho Procesal Transnacional¹⁸⁴, de la que Fix-Zamudio refiere: *“abarca el estudio y la sistematización de la normatividad adjetiva, no solo de las instituciones del Derecho Internacional clásico, sino también las del Derecho Comunitario y de la integración económica y, por supuesto, el sector más dinámico que es el que corresponde al campo de los derechos humanos”*¹⁸⁵. Esto es solo una expresión de la cada vez mayor importancia de la justicia constitucional, que es precisamente la que, por razón natural, tiene el rol de proteger los derechos humanos (en

¹⁸⁴ Landoni Sosa, Ángel, El proceso transnacional, en: Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Vol 2, N° 16, Bogotá, 1988, pp. 11 y ss.

¹⁸⁵ Fix-Zamudio, Héctor, Ponencia general presentada en el X Congreso Mundial de Derecho Procesal, Taormina, Italia, setiembre de 1995.

nuestro Código Procesal Constitucional es una de las finalidades, conjuntamente con la supremacía constitucional).

7.2.3.6 El Tribunal Constitucional y el principio de separación de poderes

El Estado Constitucional de Derecho tiene base en tres elementos esenciales: la separación de los poderes del Estado, la democracia y la defensa de los derechos humanos. Este modelo, como es previsible, ha estimulado la creación de la denominada justicia constitucional, la que ha impuesto un nuevo orden de control en la división clásica de los poderes estatales. Los encargados de dicho control (respeto a los derechos humanos y el control del poder legal o fáctico) son el Poder Judicial y los tribunales constitucionales (que, en el caso peruano, actúa con el Poder Judicial en el trámite de los procesos de la libertad, y como única y definitiva instancia en el conocimiento de los procesos de inconstitucionalidad).

En tal entendido, no es de sorprender que el ejercicio de las funciones del Tribunal Constitucional no es nada fácil, más si cuando esta justicia constitucional se encuentra atravesada en una realidad social, de poder y de cultura jurídica donde el control no es tradicional ni bienvenido. Esto explica en gran parte una relación de conflicto natural entre ente fiscalizador y los entes fiscalizados, lo que de ninguna manera debería justificar cualquier traba al desempeño de las labores del colegiado constitucional, pues lo que superpone en todo supuesto es la concreta finalidad de su trabajo: la tutela los derechos humanos y el control del poder. Es importante precisar que existe libertad para discrepar y criticar las resoluciones que se opinen convenientes, pero esto no habilita la ejecución de controversias institucionales que deriven en una situación de inestabilidad del propio Estado de Derecho.

Dicho lo anterior, debe tenerse presente que el rol del Tribunal Constitucional y las funciones que le competen de acuerdo a su naturaleza jurídica y a sus fines, debe encontrarse concordado con el principio de separación de poderes, reconocido en el artículo 43° de la Constitución. Esto, en tanto este principio *“no debe entenderse en su concepción clásica, en virtud de la cual la separación entre los poderes del Estado es tajante y no existe relación alguna entre ellos, sino como un sistema de control y balance entre los poderes del Estado así como la existencia de relaciones de coordinación y cooperación entre ellos. Así entendido, el principio de separación de poderes se constituye en una garantía de los derechos constitucionalmente reconocidos y en un límite al poder frente al absolutismo y la dictadura”*¹⁸⁶. Así las cosas, es claro entender que al ser el colegiado constitucional el guardián de la supremacía constitucional y la protección de los derechos fundamentales, su relación con la aplicación del principio de separación de poderes, es natural.

7.2.3.7 La imparcialidad y el debido proceso

La imparcialidad, en cuanto elemento esencial del debido proceso, constituye un medio para servir con objetividad los intereses generales y no los de un partido, grupo o fracción política o de sus funcionarios. Asimismo, no es un concepto referido solo a la institución de la Administración sino que alcanza a la actuación regular de sus funcionarios y de los peritos que puedan tener participación en los procedimientos administrativos¹⁸⁷

¹⁸⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 0005-2007-PI/TC.

¹⁸⁷ Frugone Schiavone, Héctor, Reforma del Estado: El nuevo procedimiento administrativo, Montevideo, Secretaría de La Presidencia de la República, 1991, p. 31.

Siendo ello así, queda claro que de acuerdo con el tema desarrollado, la imparcialidad que se debe buscar en el proceso de elección de magistrados es aquella que tenga como premisa que el debido proceso es una garantía y un derecho que permitirá la realización de un proceso que reúna los requisitos mínimos que lleven a la autoridad encargada de resolverlo a pronunciarse de manera justa, equitativa e imparcial. Es decir, aquellos elementos mínimos que resultan exigibles para que el proceso que se desarrolle (cualquiera que este sea) pueda permitir acceder a una cuota mínima de justicia¹⁸⁸.

Al respecto, debe precisarse que si bien la teoría del proceso tiene incidencia directa en el ámbito de los procesos judiciales, también es verdad que ella resulta plenamente aplicable a todo tipo de procedimientos, como es efectivamente una designación de miembros del Tribunal Constitucional. El debido proceso no se circunscribe únicamente a las garantías del proceso, ya que se le reconoce, además, una base axiológica, en tanto “(...) *nos encontramos ante un concepto cuyos alcances no solamente se limitan a un escenario jurisdiccional, sino que son alegables tanto en un ámbito administrativo como incluso en relaciones corporativas entre particulares y, además, que no se limita al mero cumplimiento de ciertas pausas sino que está internamente ligado a la consecuencia del valor justicia.*”¹⁸⁹ “En el mismo sentido, la jurisprudencia del colegiado constitucional peruano ha determinado que “*el derecho al debido proceso previsto por el artículo 139.3º de la Constitución Política del Perú, aplicable no sólo a nivel judicial sino también en sede administrativa e incluso entre particulares, supone el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los*

¹⁸⁸ Ticona Postigo, Víctor, El debido proceso civil, Rodhas, 1ra. edición, Lima, p. 138.

¹⁸⁹ Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy, Jurisdicción Constitucional: importación de justicia y debido proceso, ARA Editores, 1ra. edición, Lima, 2003. p. 416.

*procedimientos, incluidos los administrativos y conflictos entre privados, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto que pueda afectarlos.”*¹⁹⁰

Siendo ello así, queda claro que la teoría de la garantía procesal no se reduce a los procesos constitucionales, judiciales y administrativos sino que también, se extiende al proceso militar, arbitral y parlamentario¹⁹¹. En todo caso, queda anotar que la imparcialidad dentro del procedimiento de elección será equiparada (adecuando las características propias del procedimiento) con la doctrina jurisprudencial relacionada con el derecho a ser juzgado por un juez imparcial que, a su vez, posee dos dimensiones: *Imparcialidad subjetiva*, la cual se refiere a evitar cualquier tipo de compromiso que pudiera asumir el juez con las partes procesales o en el resultado del proceso, e *Imparcialidad objetiva*, referida a la influencia negativa que puede ejercer en el juez la estructura del sistema, restándole imparcialidad, es decir, si el sistema no ofrece suficientes garantías para desterrar cualquier duda razonable¹⁹².

7.3 Aportes a la legislación

Un aspecto de especial relevancia, en el escenario del sistema de elección de magistrados del Tribunal Constitucional, es el procedimiento que se sigue en la actualidad para constituir de forma definitiva la terna de aspirantes sobre la cual el Pleno del Congreso de la República podrá decidir. Dicho procedimiento se encuentra en

¹⁹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 04944-2011-PA/TC, fundamento jurídico 12.

¹⁹¹ Helmut Goerlich, *Grundrechte als Verfahrensgarantien. Ein Beitrag zum Verständnis des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1981, p. 209. Citado por Landa Arroyo, César, Derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional, en: *Pensamiento Constitucional*, Año VIII N° 8, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 2002, p. 447.

¹⁹² Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 004-2006-PI/TC, fundamento jurídico 20.

la fuente legislativa, cuya revisión en el presente trabajo se realizará en atención de evidenciar las falencias que ocasionan, en parte, la falta de garantía de una elección apropiada.

7.3.1 La regulación constitucional y legislativa

La normativa nacional en materia de elección de magistrados del Tribunal Constitucional no es extensa. En el ámbito constitucional se encuentra el artículo 201, que hace una remisión al artículo 147 sobre los requisitos para ser magistrado del de la Corte Suprema, los que son equivalentes a los que se exige para ser miembro del Tribunal Constitucional. A nivel legislativo, y como parte del desarrollo legal del citado artículo 147 de la Constitución, se puede mencionar el artículo 177 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece los requisitos para ser magistrado del Poder Judicial.

Ahora bien, entre los artículos 8 y 12 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Ley N° 28301) se desarrolla con relativo detalle la elección de los magistrados de este órgano constitucionalmente autónomo. En el artículo 8 se dispone que es el Pleno del Congreso quien designa una Comisión Especial integrada por un mínimo de cinco y un máximo de nueve congresistas, respetando en lo posible la proporción de cada grupo parlamentario en el Congreso, para encargarse de recibir propuestas y seleccionar a los candidatos que, a su juicio, merecen ser declarados aptos para ser elegidos. Se define que esta comisión publicará en el Diario Oficial *El Peruano* la convocatoria para la presentación de propuestas. Asimismo, publicará la relación de las personas propuestas a fin de que se puedan formular tachas, las que deben estar acompañadas con prueba instrumental. Una vez declarados aptos uno o más candidatos, el Congreso, a través del Pleno, procede a la elección, en cuyo caso se aplicará el artículo 201° en cuanto a la mayoría calificada de dos tercios del número legal de congresistas.

Si bien los siguientes artículos de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (a partir de 9) establecen los requisitos¹⁹³ e impedimentos para ser magistrado, no existe mayor especificación sobre el procedimiento de designación, esto es, los criterios de evaluación que deberán observar los miembros de la Comisión Especial del Congreso, la determinación de si la votación es individual o por ternas, o incluso, la regulación de exigencias mínimas para los congresistas que decidirán qué candidatos serán votados ante el Pleno.

En el mismo sentido, no se encuentra mayor desarrollo en el Reglamento del Congreso de la República, cuyos artículos 6, 64 y 93 hacen solo una referencia general a la designación de los magistrados del Tribunal Constitucional como potestad del Poder Legislativo. Sin embargo, en este extremo, no puede dejar de observarse el Reglamento Especial para la Elección de Magistrados del Tribunal Constitucional, que fue aprobado mediante la Resolución del Congreso Constituyente Democrático N° 031-95-CCD y publicado en el Diario Oficial El Peruano el 26 de abril del año 1995. Esta norma, en virtud de su artículo 10 (disposiciones finales y transitorias), se definió como parte del Reglamento Interno del Congreso, y hasta la actualidad mantiene su vigencia, habiéndose aplicado desde la primera elección hasta la última.

7.3.2 El Reglamento Especial para la Elección de Magistrados del Tribunal Constitucional

El Reglamento Especial para la Elección de Magistrados del Tribunal Constitucional, establece como parte del procedimiento los siguientes aspectos: 1) la propuesta de candidatura se formula por escrito dirigido a la Presidencia de la Comisión Especial a título individual y/o por terceros en cuyo caso deberá contar con la

¹⁹³ Los requisitos para ser magistrado del Tribunal Constitucional también se repiten en el Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional (Resolución Administrativa N° 95-2004-P/TC).

aceptación del propuesto; 2) las propuestas de candidatos se formulan dentro de los 10 días naturales siguientes a la publicación de la convocatoria en el Diario Oficial El Peruano; 3) vencido dicho plazo, la Comisión Especial pública en el Diario Oficial El Peruano dentro de los tres días siguientes, la relación de las personas propuestas como candidatos a fin de que se pueda formular tachas, las que deben estar acompañadas por prueba instrumental y por escrito (las tachas deberán presentarse en el plazo no mayor a 10 días de publicada la relación); 4) resueltas las tachas por la Comisión en instancia única, dentro de los cinco días siguientes, la Comisión procede en un plazo de 15 días a seleccionar a los candidatos que, siendo aptos, a su juicio merecen ser propuestos al Pleno del Congreso; 5) la indicada propuesta se decidirá con el voto de los 2/3 del número de miembros de la Comisión; 6) la Comisión elabora un informe en el que describe el proceso seguido y concluye formulando sus propuestas de candidatos al Pleno del Congreso, en cuyo caso regirán las reglas previstas en el artículo 201 de la Constitución.

Como se desprende de lo resumido, el vigente Reglamento Especial para la Elección de Magistrados del Tribunal Constitucional solo describe una serie de etapas y plazos del proceso de elección, sin establecer ningún límite de relevancia a la función que deben desempeñar los miembros de la Comisión Especial dentro de la misma. Resulta preocupante que, por ejemplo, se establezca que la aptitud de los candidatos dependa del “juicio” de los congresistas comisionados, con esto no pretendemos desmerecer las cualidades personales de los parlamentarios, sino que en todo caso debió considerarse que un “juicio” tan trascendental (como es la conformación del máximo intérprete de la Constitución), mínimamente debió estar respaldado con la determinación de válidos criterios de objetividad que concluyan en la garantía de un procedimiento imparcial. Esta afirmación se puede corroborar

cuando se realizó el estudio de los procesos de elección llevados a cabo hasta la fecha, donde se aprecia que no existe un criterio uniforme en cuanto a los elementos valorativos para la designación de candidatos sobre los que el Pleno decidirá, sino todo lo contrario, se observarán procedimientos disímiles con relativos niveles de predictibilidad y, más bien, regidos por la denominada “práctica parlamentaria”, que en buena cuenta es actuar en función de la necesidad o interés de la mayoría, independientemente de la presencia o no de reglas predeterminadas.

7.3.3 La conformación de la Comisión Especializada del Congreso

Es un hecho que la Comisión Especializada encargada de la elección de magistrados del Tribunal Constitucional no tiene una directiva interna en cuanto a los requisitos que deben cumplir sus miembros, siendo que sus integrantes son designados por el Pleno del Congreso, a propuesta de la Junta de Portavoces¹⁹⁴, sin mayor limitación que la de la representación partidaria (criterio de proporcionalidad de los grupos políticos).

Asimismo, el rol de los comisionados consiste en adoptar acuerdos relativos al proceso de selección de postulantes, resolución de tachas contra los postulantes, elaborar la tabla de calificación curricular, determinación del puntaje mínimo para pasar a la entrevista personal, realizar las entrevistas personales y la deliberación sobre los candidatos que deben ser propuestos al Pleno del Congreso. En la práctica, todos los criterios de evaluación de candidatos no se encuentran definidos en normativa alguna, sino que la Comisión Especial los fija en una de sus sesiones por acuerdo de la mayoría. Además, a la luz de los informes finales que

¹⁹⁴ De acuerdo con el artículo 31-A del Reglamento del Congreso de la República, la Junta de Portavoces está compuesta por la Mesa Directiva y por un Portavoz por cada Grupo Parlamentario, quien tiene un voto proporcional al número de miembros que componen su bancada.

obran en el Archivo del Congreso de la República, se aprecia que la entrevista personal, es el aspecto que concluye la decisión sobre la terna de candidatos, situación que no garantiza un procedimiento objetivo, pues los lineamientos de la calificación de la entrevista tienen una evidente y considerable dosis de subjetividad.

A ello debe sumarse el hecho que los miembros de la Comisión Evaluadora no siempre se encuentran en verdadera capacidad moral y académica para calificar a juristas de reconocida trayectoria que se han presentado como candidatos. Con una Comisión Evaluadora integrada por miembros sin mayor calificación jurídica y democrática, no se garantiza un resultado imparcial acorde con las altas misiones que desarrollará un Magistrado del Tribunal Constitucional para la consolidación del Estado de Derecho en el Perú.

Lo descrito, naturalmente, contraviene el principio de la seguridad jurídica que debe ser resguardado en todo procedimiento de elección y que sido definido por el propio Tribunal Constitucional como “(...) *un principio consustancial al Estado constitucional de derecho, implícitamente reconocido en la Constitución. Se trata de un valor superior contenido en el espíritu garantista de la Carta Fundamental, que se proyecta hacia todo el ordenamiento jurídico y busca asegurar al individuo una expectativa razonablemente fundada respecto de cuál será la actuación de los poderes públicos y, en general, de toda la colectividad, al desenvolverse dentro de los cauces del Derecho y la legalidad*”¹⁹⁵.

Ante la libertad que tienen los miembros de la Comisión, sería conveniente establecer algún tipo de límite de tal manera que dicha libertad no se convierta en arbitrariedad, más aún cuando se trata de la elección de los magistrados que tendrán la última palabra en

¹⁹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en los expedientes 0001-2003-AI/TC y 0003-2003-AI/TC, fundamento jurídico 3.

materia de interpretación constitucional. En ese sentido, un aspecto de importancia lo integra la consideración del perfil de la persona en cuanto a su trayectoria jurídica y democrática, aspectos que pueden ser perfectamente comprobados y que, sin duda, contribuirían a la institucionalización de un procedimiento verdaderamente imparcial.

7.3.4 Las iniciativas implementadas sobre el proceso de elección de magistrados

Para superar los problemas advertidos, se ha implementado algunos mecanismos de modificación. Así, mediante la Ley 28943, publicada el 22 de diciembre del 2006 se modificó el artículo 10 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, ampliando el aviso anticipado del Presidente del Tribunal Constitucional al Presidente del Congreso (de tres a seis meses) para solicitarle el inicio del procedimiento de elección de nuevos magistrados. Ello, en aras de agilizar este importante proceso, lo que vino precedido de la modificación del artículo 8 de la misma ley, en el extremo de cambiar la forma de votación en el Congreso: se superó la votación individual por cédulas por la votación pública y ordinaria, lo que es conveniente si se toma en cuenta que ésta última resulta ventajosa para garantizar el sistema democrático e institucional en nuestro país¹⁹⁶.

No obstante, los cambios expuestos no han contribuido en la práctica a fortalecer una elección democrática y oportuna, persistiendo un procedimiento prolongado y no existiendo las condiciones necesarias para asegurar un Tribunal Constitucional conformado por juristas dotados de plena independencia y autonomía acorde con sus prioritarias funciones.

Precisamente, atendiendo a la falta de garantía de elegir a un candidato idóneo, se cuestionaba si el mecanismo empleado por el

¹⁹⁶ Al respecto, debemos precisar que en el correspondiente Dictamen de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República se precisó que la modificación “i) fortalece los mecanismos de transparencia de los procedimientos parlamentarios”.

Congreso era el óptimo para designar a los magistrados, más aún si después de la evaluación curricular y de la entrevista personal, quienes ocupaban los primeros puestos no necesariamente eran propuestos al Pleno del Congreso. Esto, como es comprensible, contribuía a la idea de que la designación respondía a favores políticos y presiones de interés, aspectos contradictorios con una elección objetiva y democrática.

Por ello, se planteó la conveniencia de incorporar como alternativa una elección *por invitación*, mecanismo consistente en que la Comisión Especial del Congreso curse invitaciones a postulantes capacitados para el cargo, cuya elección sea sometida luego a votación por el Pleno del Legislativo. Debe recordarse que esta opción no resulta novedosa en nuestro ordenamiento legal, ya que la anterior Ley Orgánica del Tribunal Constitucional¹⁹⁷ la contempló de la siguiente forma: *"Cuando existan razones que lo justifiquen, y a petición de no menos del 20% de los Congresistas, podrá efectuarse, por acuerdo del Pleno, una convocatoria complementaria por invitación para elegir a candidatos a los cargos de Magistrados del Tribunal Constitucional cuyas vacantes no hubieran sido cubiertas. En tal caso, la votación será por lista cerrada, completa y mediante voto público en el Pleno del Congreso"*. Esta disposición, que no fue incluida en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional del 2004, fue aprobada en su oportunidad por el Parlamento para facilitar el primer proceso de elección de los miembros del colegiado constitucional en 1996, bajo el modelo planteado por la Constitución de 1993.

Sin embargo, en la actualidad la posibilidad de la designación por invitación se cristalizó en junio de 2012 con la publicación de la Ley 29882, que modificó la Ley 26520, Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo; y la Ley 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional,

¹⁹⁷ Artículo único de la Ley 26622, publicada el 14 de junio de 1996.

sobre los procedimientos de elección del Defensor del Pueblo y de magistrados del Tribunal Constitucional. Esta nueva regulación, luego fue modificada con la publicación, el 30 de octubre de 2012, de la Ley 29926¹⁹⁸. Con la normativa incorporada, se incluyó dos modalidades para el procedimiento de elección de candidatos al Tribunal Constitucional:

- Ordinaria: *“La Comisión Especial selecciona a los candidatos que, a su juicio, merecen ser declarados aptos para ser elegidos. Publica en el diario oficial El Peruano la convocatoria para la presentación de propuestas. Asimismo, publica la relación de las personas propuestas a fin que se puedan formular tachas, las que deben estar acompañadas de prueba documental. Presentada la propuesta de uno o más candidatos se convocará en término no inferior a siete días al Pleno del Congreso para que se proceda a la elección.”*
- Especial: *“La Comisión Especial selecciona a los candidatos que, a su juicio, merecen ser declarados aptos para ser elegidos, efectuando la convocatoria por invitación.”*

El nuevo mecanismo que busca agilizar y mejorar el procedimiento no estuvo exento de cuestionamientos en su etapa inicial, sobretudo la cuestión de forma más que en el fondo. Ello por cuanto, antes de la modificación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, se aprobó un Acuerdo de la Junta de Portavoces sobre la conformación de una comisión integrada por los portavoces para

¹⁹⁸ Considerando que en el 2012 se debió producir la renovación de seis magistrados (ya culminaron sus funciones Juan Vergara, Ricardo Beaumont, Fernando Calle, Gerardo Eto, Carlos Mesía y Ernesto Álvarez), la normativa inicial adolecía de un inconveniente que consiste en la limitación de poder designar, en ambos casos, a un máximo de cinco miembros. Como era previsible, dicho impase se superó con la publicación de la Ley 29926, que modificó el artículo 8 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, sustituyendo la frase *“La Comisión Especial selecciona de uno a cinco candidatos (...)”* por *“La Comisión Especial selecciona a los candidatos (...)”*.

proponer a los candidatos a Defensor del Pueblo y a Magistrados del Tribunal Constitucional, mediante el procedimiento de invitación. Así, de acuerdo con el Diario de Debates del Congreso de la República correspondiente al 20 de octubre de 2011¹⁹⁹, algunos legisladores, pese a manifestar su conformidad con el procedimiento de elección por invitación, hicieron énfasis en la necesidad previa de modificar la ley orgánica pertinente.

El congresista Heriberto Benítez señaló: *“(...) hay una norma que está vigente y no ha sido derogada, que forma parte del Reglamento Interior del Congreso. Es una norma que fue aprobada en el año 95, que está vigente, y establece los pasos por los cuales debe elegirse a los representantes del Tribunal Constitucional, y habla en parte, como lo dijo la congresista Luz Salgado, que tiene que haber una comisión que haga una convocatoria, que reciba propuestas, que haya una etapa de tachas; entonces no se puede hablar de invitados, entonces ahí se está haciendo una confusión del tema y sería bueno que la Junta de Portavoces primero revise estas normas para evitar que se estén violentando leyes orgánicas que nos puede originar después problemas con elecciones de Magistrados del Tribunal”*. Por su lado, el congresista Javier Diez Canseco manifestó: *“Puede ser totalmente válido el reconocer que los procedimientos anteriores han tenido dificultades y lo que hay que acudir es al procedimiento de invitaciones. Pero para poder acudir a ese procedimiento, hay que producir una variante en la norma (...). Entonces me parece que la fórmula es absolutamente viable, razonable y evita circunstancias de maltrato que ha habido en otras ocasiones en la elección, lo cual me parece positivo. Pero creo que hay que cuidar si se está respetando los procedimientos que implican el afectar una norma y un reglamento que están vigentes y*

¹⁹⁹ Primera Legislatura Ordinaria de 2011, 15° sesión, pp. 130-134.

que implicarían una modificación. Y la votación de conformación de la comisión, no implica la dación de un reglamento o de una ley”.

Pese a que finalmente la propuesta fue aprobada²⁰⁰, posteriormente, tal como se ha referido, se procedió a modificar la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, precisamente atendiendo a las acotaciones transcritas. Es importante mencionar que, atendiendo a las intervenciones de los legisladores citados, se advierte un consenso en modificar el modo de la elección a partir de los negativos antecedentes en la materia, donde incluso se reconoce maltratos a los candidatos. No deja de ser relevante resaltar algunas de las virtudes del proceso de elección por concurso, en el sentido que permite una participación más proactiva de la ciudadanía al tener una etapa de tachas donde se pueda cuestionar a los postulantes. Naturalmente, estos son aspectos que no pueden dejar de ser tomados en cuenta al momento de ejecutar un sistema de elección adecuado.

En todo supuesto, aún cuando se puede reconocer que la modificación legislativa sobre la designación por invitación tiene una finalidad válida, cual es la superación de los problemas generados con el mecanismo único anterior, también es verdad que ella por sí misma no establece una solución idónea al problema central, que es la falta de garantía de un procedimiento imparcial y democrático.

Si bien se ha alegado a favor de la nueva alternativa, que ella ayudará a que las bancadas dentro del Parlamento se sinceren

²⁰⁰ Se aprobó con 78 votos a favor, 4 en contra y 7 abstenciones. De acuerdo con la intervención del entonces Presidente del Poder Legislativo, Daniel Abugattás, quien se cerró la discusión del debate para pasar a la votación: “(...) el artículo 8.º de la Ley Orgánica no es excluyente, no dice, solo podrá o solo deberá, hace una propuesta de una fórmula y encima del artículo 8.º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional está la Constitución del país, de la República, que dice que el Congreso de la República elegirá a los miembros, no le pone corsés, no le pone procedimientos, no le establece nada. El Congreso de la República tiene la capacidad, a través del Pleno, de decir la fórmula de elegir a los miembros del Tribunal Constitucional, de acuerdo al artículo 201º de la Constitución Política del Estado”.

respecto de sus intenciones y propongan a los candidatos que consideren aptos para ocupar dicho cargo, es también cierto que ello en nada despolitiza la designación. En efecto, recuérdese que la trayectoria democrática en nuestro ordenamiento jurídico no es un requisito con el que deban contar los aspirantes a miembros del Tribunal Constitucional; situación que, en todo caso, si pondría un límite al interés estrictamente político de los grupos parlamentarios.

Con la actual regulación no deja de ser inevitable que cada partido político o cada bancada procure buscar candidatos afines a sus perfiles políticos o ideológicos; incluso, se podrá preferir candidatos que les aseguren determinadas posturas frente a temas controversiales. Sigue presente el riesgo de asegurar defensores específicos en el colegiado constitucional o aliados estratégicos en el caso del Gobierno, para la defensa de las leyes que legitimaría, ante un posible posterior cuestionamiento, el alto tribunal. Para comprobar esta posibilidad, basta apreciar lo ocurrido recientemente a propósito de la próxima elección de magistrados, donde la bancada fujimorista ha propuesto a Rolando Sousa y Marcos Ibazeta, ambos personajes con cuestionable conducta democrática (el primero fue abogado defensor de Alberto Fujimori, ex mandatario condenado a 25 años de cárcel; y el segundo fue un aliado conocido de José Dellepiane Massa, el hombre puesto por el fujimorismo para el control del Poder Judicial, incluso, el Colegio de Abogados de Lima emitió un comunicado censurando su accionar)²⁰¹. Del mismo modo, no puede dejar de mencionarse que este tipo de negociación política hace que se abstengan de postular profesionales prestigiosos, como fue el caso del reconocido jurista Domingo García Belaunde, quien desistió, pese a que hubo consenso sobre su candidatura.

²⁰¹ “Critican elección congresal para defensor, TC y BCR”, en: diario La República, sección Política, Lima, 13 de setiembre de 2012.

Así las cosas, incluida la nueva alternativa de elección por invitación, no resulta adecuado, de cara a la realidad y a los antecedentes de nuestro Parlamento en estas lides, confiar en la sabiduría de los congresistas para postular a personajes con una trayectoria académica destacada y con un respeto por la democracia y la separación de poderes efectiva.

7.3.5 Las propuestas de modificación del procedimiento y el perfil de magistrado en otros sistemas jurídicos

En esta parte es pertinente mencionar la propuesta de modificación del Reglamento Especial para la Elección de Magistrados del Tribunal Constitucional planteada por el Instituto de Defensa Legal, quien elaboró algunos lineamientos²⁰² con el fin de evitar que se repitan sucesos como los ocurridos en la elección del 2007. La iniciativa consideró los siguientes puntos en el procedimiento mismo de la elección llevado a cabo en la comisión especializada del Parlamento: 1) definir y precisar con claridad el perfil de magistrado del TC; 2) que se realicen entrevistas públicas con los candidatos; 3) que se publique la hoja de vida oportunamente, desde la etapa de las tachas; 4) que los candidatos señalen todos los servicios profesionales prestados durante su carrera, es decir, que entreguen un informe de los clientes a quienes habían defendido como abogados; y, 5) que se amplíe y facilite la presentación de tachas (todo lo cual solo podía ser posible luego de haber difundido en forma amplia los currículos de los candidatos); 6) que la entrevista

²⁰² En el estudio llevado a cabo por el Instituto de Defensa Legal se dio cuenta de algunas irregularidades ocurridas en la elección de magistrados del año 2007: “1) Las entrevistas con los candidatos se realizaron sin la presencia de la prensa y de la opinión pública, y cuando se pidieron las grabaciones de ellas, nos fueron entregadas casi al final del proceso. 2) Nunca se publicaron las hojas de vida de los postulantes, como sí lo hace por ejemplo el Consejo Nacional de la Magistratura con los candidatos a magistrados supremos. 3) No se definió con claridad el perfil del magistrado constitucional, requisito indispensable para el proceso. 4) Nunca se conocieron los puntajes de los aspirantes, y aun así el Pleno del Congreso realizó la elección. 5) Como consecuencia de esta falta de transparencia, la opinión pública y la prensa jamás pudieron conocer quiénes eran los candidatos ni sus trayectorias, quiénes habían sido sus clientes, a quienes defendieron como abogados; lo que, como es obvio, descartaba toda posibilidad de tacha”. El Tribunal Constitucional nuevamente en la mira, en: IDEELE N° 199, Instituto de Defensa Legal, Lima, 2010.

de la Comisión Especial con los candidatos sea transmitida por televisión en vivo por el canal del Estado y por otros canales que desearan hacerlo; 7) que la Comisión Especial del Congreso encargada de elaborar la terna contara con dos juristas notables de reconocida trayectoria y especialistas en Derecho Constitucional, que desempeñaran una función de veedores del proceso de elección a lo largo de todo el proceso; 8) que se publicara oportunamente la lista de los candidatos seleccionados por la Comisión Especial, así como el puntaje obtenido luego de cada etapa; 9) la realización de audiencias de los candidatos a magistrados al TC con la prensa, con la opinión pública y con la comunidad jurídica; 10) que la votación fuera pública y no en sesión reservada, y que el voto de cada congresista también sea público; 11) que se procurara la transmisión de las entrevistas por Televisión Nacional, Radio Nacional y por el canal del Congreso; y, finalmente, 12) que si el Pleno del Congreso no se ponía de acuerdo por segunda vez para elegir a los magistrados del TC, se cubrieran esas plazas en estricto orden de mérito²⁰³. Si bien algunos de los aspectos anotados fueron implementados (solo en la práctica, pues no hubo modificación formal) durante la última elección (como la publicidad de las entrevistas y de las hojas de vida), es verdad que la mayoría no ha sido considerada hasta la fecha.

Con relación a lo anterior es útil observar la regulación que existe en el Derecho Comparado. Para ello se puede tomar como modelos dos sistemas en principio distintos (en uno existe Tribunal Constitucional y en otro no), pero similares en cuanto a la exigencia de contar con reconocida trayectoria jurídica y democrática para el caso de sus altos magistrados constitucionales.

²⁰³ El requisito de respetar el orden de mérito ha pasado a un segundo plano. Para ello, basta ver los resultados del proceso desarrollado en el 2010, donde pese a que la terna final estuvo conformada por quienes obtuvieron el mayor puntaje (los abogados Carlos Ramos Núñez, Manuel Miranda Canales y Óscar Urviola: Ramos obtuvo 88,66 puntos sobre 100; Miranda, 82,70; y Urviola, 73,85), finalmente los dos primeros no fueron elegidos.

En España, que tiene una elección multisectorial²⁰⁴, la designación de magistrados de su Tribunal Constitucional se hace por nueve años, debiendo recaer en ciudadanos españoles que sean Magistrados o Fiscales, Profesores de Universidad, Funcionarios públicos o Abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional. El requisito de la comprobada trayectoria no se circunscribe al asunto jurídico sino que comprende al plano democrático, atendiendo a la legitimidad con la que debe contar para desarrollar su alta labor. Al respecto, puede señalarse que en la práctica se puede considerar que existe subordinación del Tribunal Supremo al Tribunal Constitucional, por cuanto este último puede anular las resoluciones del primero, situación que no ocurre al revés²⁰⁵.

Por otro lado, es oportuno aludir a Estados Unidos en cuanto a los procesos para la designación de un nuevo magistrado de la Corte Suprema (equivalente a un magistrado del Tribunal Constitucional), los que concitan toda la atención pública, por ser una nación que se

²⁰⁴ El artículo 159º de la Constitución española dispone que *"El Tribunal Constitucional se compone de 12 miembros nombrados por el Rey; de ellos, cuatro a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros; cuatro a propuesta del Senado, con idéntica mayoría; dos a propuesta del Gobierno, y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial"*.

²⁰⁵ Un ejemplo, entre varios otros, lo constituye la conocida sentencia del caso Urbanor, en la que el Tribunal Constitucional anuló, el 19 de febrero de 2008, la sentencia del Tribunal Supremo sobre el mismo caso. Urbanor se convirtió en un caso judicial extraordinario cuando los querellantes (el arquitecto Pedro Sentieri y el constructor Julio San Martín) denunciaron a sus ex socios Alberto Alcocer y Alberto Cortina alegando que los otros socios obtuvieron más dinero en la operación, a pesar de que éstos eran socios mayoritarios y cobraron el pago de Kio en acciones del Banco Central, debido a que la operación había sido instrumentada para lograr el control de dicha entidad.

Los querellados Alberto Alcocer y Alberto Cortina, empresarios conocidos popularmente como "los Albertos", pagaron 50 millones de euros según sentencia judicial, por lo que los denunciantes obtuvieron beneficios multimillonarios, logrando multiplicar sus inversiones por más de 27 veces su valor, en apenas nueve meses, según publicaba e-defensor. El Caso Urbanor convirtió a "los Albertos" en protagonistas de un intenso debate mediático durante más de 10 años, hasta ser finalmente absueltos primero por el Tribunal Constitucional en febrero del 2008 y luego por el Tribunal Supremo en junio de este mismo año, como antes había hecho la Audiencia Provincial de Madrid. Dicha absolución les otorgó también el derecho a reclamar a sus ex socios la indemnización millonaria que pagaron en su momento, cuestión que mantiene viva la polémica del Caso Urbanor ya que, tanto Pedro Sentieri como Julio San Martín, continúan recurriendo el caso.

caracteriza por saber la importancia de los alcances de esta designación para el ejercicio de sus instituciones políticas y jurídicas. Ciertamente, el debate público se concentra en la persona nominada para ser magistrado, pues tanto los políticos, como los medios de comunicación y la sociedad civil opinan sobre sus antecedentes, sobre todo en el campo profesional, ya que en el ámbito académico se asume sin cuestionamientos las cualidades del candidato²⁰⁶.

Entre los asuntos que conforman el mencionado debate público en torno a su capacidad para el desempeño del cargo, se puede citar lo siguiente: Si el candidato ha ocupado cargos públicos, se examina la documentación respectiva. Si fue juez, se buscan sus resoluciones para saber qué casos ha resuelto y cómo decidió. Si fue funcionario o asesor de algún gobierno, se evalúan sus informes. Si ha sido un abogado en la actividad privada, se investiga qué casos ha defendido. En buena cuenta, el pasado de un nominado a la Corte Suprema es materia de un intenso estudio, en donde el papel de la prensa es especialmente relevante. Como es comprensible, para este proceso se garantiza el derecho de acceso a la información y el respeto al principio de transparencia.

En todo supuesto, y desde una perspectiva comparada con nuestra realidad, no debemos perder de vista que del tipo de elección adoptado (incluidos los requisitos para los candidatos), dependerá el establecimiento de una adecuada designación de miembros del Tribunal Constitucional. Este sistema debe ser coherente con las elevadas misiones constitucionales que tiene el colegiado constitucional y con la legitimidad que le permite emitir decisiones vinculantes para todos los poderes públicos y la sociedad en su conjunto.

²⁰⁶ Por ejemplo, en Estados Unidos, un candidato a la Corte Suprema no puede haber egresado de cualquier universidad, pues lo regular es que tiene que haber estudiado en alguna de las más prestigiosas.

7.3 Aportes a la jurisprudencia

7.4.1 El sistema de elección de magistrados y la idoneidad de la jurisprudencia constitucional

De conformidad con la materia desarrollada en la presente investigación, se recaerá en un asunto de lógica consecuencia: si se garantiza la designación de magistrados idóneos, esto repercutirá directamente en un trabajo imparcial y orientado únicamente a la defensa de la supremacía constitucional y a la tutela de los derechos fundamentales. Es decir, es razonable que garantizar un procedimiento imparcial y democrático en la elección de miembros del Tribunal Constitucional aportará a la consolidación de una jurisprudencia comprometida con los fines de la justicia constitucional.

Ciertamente, el Tribunal Constitucional en el ejercicio de su función jurisdiccional y en el marco de un sistema del precedente, cumple una función central para la consolidación del Estado de Derecho, en el sentido de ser el garante directo de la coherencia, consistencia y predictibilidad de la eficacia de los dispositivos constitucionales en igualdad de condiciones para todos los ciudadanos. Por ello, es preciso que los miembros de tan importante órgano para la consolidación del Estado de Derecho estén dotados de una verdadera legitimidad, lo que sin duda parte de una elección de orden objetivo y democrático; esto asegurará un régimen legítimo, con pleno reconocimiento, por parte de la población, de la autoridad que ejerce el órgano jurisdiccional a través de sus decisiones vinculantes.

Qué duda cabe que del perfil del magistrado seleccionado, dependerá en gran parte la adopción de decisiones conformes a derecho y sobretodo consecuentes con el encargo supremo de defender la Constitución. El riesgo de elegir miembros bajo una

óptica política, genera probada inestabilidad, tal como lo ha narrado el propio ex Presidente del Tribunal Constitucional, César Landa: *“(…) a partir del 2008, mis votos singulares se fueron transformando en un medio para expresar con claridad los argumentos constitucionales que discrepaban por el fondo o por la forma de la resolución de los casos de la mayoría; máxime, cuando muchas de las sentencias en el último período, se dictaron al unísono de las demandas o presiones gubernamentales del Gobierno -2006-2011- y de los poderes fácticos de turno, como el eclesiástico, militar y empresarial, entre otros, en detrimento de los valores y principios constitucionales de la independencia, neutralidad e imparcialidad de las decisiones judiciales a emitir por el Tribunal Constitucional”*²⁰⁷. En igual sentido, ya se había pronunciado con anterioridad: *“Las sentencias del TC expresan un pensamiento judicial integrado de una concepción ética de la Constitución y así se ha realizado el control desde su restauración democrática a partir del 2002. Sin embargo, en últimos fallos el TC no refleja el orden ético constitucional establecido en la norma suprema, lo cual ha sido sujeto de críticas debido a la falta de consistencia en la argumentación constitucional en causas que han favorecido a intereses políticos y militares”*²⁰⁸.

Naturalmente, lo reseñado resulta preocupante y, simultáneamente, evidencia que la intervención de la política en el desarrollo de la labor jurisdiccional del Tribunal Constitucional tiene expresión final en las sentencias y resoluciones que este emite, lo que por supuesto es absolutamente reprobable si se repara en la naturaleza constitucional suprema del colegiado. Si bien el Tribunal Constitucional no es un suprapoder por encima de los poderes

²⁰⁷ Landa Arroyo, César, Los votos singulares en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica Del Perú, Lima, 2012, p. 11

²⁰⁸ Landa Arroyo, César, Ética y justicia constitucional, en: Revista de Derecho Político, N° 75-76, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2009, p. 269. Los fallos a los que se hace referencia corresponden, de acuerdo con el análisis del autor, a los casos Requena Pasapera (expediente 04525-2007-HC/TC) y El Frontón (expediente 3173-2008-PHC/TC).

públicos, sí es un “poder contramayoritario”²⁰⁹, que goza de legitimidad democrática y credibilidad ciudadana dada su extraordinaria repercusión en el Derecho, la política, la economía y la sociedad. De allí que la demanda ciudadana se siga incrementando y el Tribunal Constitucional responda mediante de una frondosa jurisprudencia²¹⁰ que viene consolidando un importante conjunto de precedentes.

7.4.2 La legitimidad social de la jurisprudencia constitucional

No obstante la diversidad de tópicos que ha abordado el Tribunal Constitucional, debe recordarse que si bien no todas las sentencias emitidas constituyen decisiones de obligatorio cumplimiento, en la práctica han servido y sirven como importante parámetro para la solución de conflictos puestos a conocimiento de los diferentes entes jurisdiccionales que no necesariamente tienen competencia en materia constitucional. En todo caso, es necesario recordar que sí existen precedentes de naturaleza vinculante, los que a la fecha se encuentran agrupados en 42 sentencias que han desarrollado los siguientes temas que, como se podrá apreciar, responden a asuntos de relevancia continua para la sociedad:

²⁰⁹ Landa Arroyo, César, Ob. Cit., p. 71.

²¹⁰ La jurisprudencia del Tribunal desarrollada hasta la fecha ha abordado los más diversos temas, teniendo como punto de referencia la supremacía constitucional y la defensa de los derechos fundamentales. Entre algunas de ellas, se pueden desprender los siguientes temas que tuvieron considerable repercusión: 1) **Sobre la equiparación entre arresto domiciliario y prisión efectiva (“Ley Wolfenson”)**: declaró la inconstitucionalidad de la ley 28568, cuyo efecto era la liberación indebida de los procesados por anticorrupción; 2) **Sobre el plazo máximo de detención y el derecho a la libertad personal**: señalando los criterios por los que los jueces extenderán el plazo de detención. La sentencia es clave para la lucha contra la corrupción; 3) **Sobre la legalidad del subsistema anticorrupción**: declara que el subsistema es legítimo y respeta los derechos al debido proceso y el juez natural, en contra de lo que sostenían los procesados por corrupción; 4) **Sobre beneficios penitenciarios**: señala que los beneficios penitenciarios se otorgan de acuerdo a la ley N° 27770, lo que significó que los procesados por corrupción esquivaran esta legislación de mayor rigor para estos delitos; 5) **Sentencia sobre la inhabilitación de Fujimori**; 4) **Sentencias sobre la Justicia Militar**: declaró inconstitucionales una serie de artículos de la legislación de justicia militar, reafirmando los derechos al debido proceso y la independencia del juez; 5) **Sentencia sobre la usura**: considera que debe detectarse y suprimirse cualquier tipo de cláusulas abusivas en el contrato de préstamo bancario; entre otras.

- STC N.º 3771-2004-HC, Caso Miguel Cornelio Sánchez Calderón (Plazo Razonable de la prisión preventiva)
- STC N.º 3760-2004-AA, Caso Gastón Ortiz Acha (Inhabilitación Política)
- STC N.º 1150-2004-AA, Caso Banco de la Nación (Procesos Constitucionales entre entidades de derecho público. Derecho de defensa)
- STC N.º 2496-2005-HC, Caso Eva Valencia Gutiérrez (Libertad Personal. Detención Preventiva. Principio *tempus regit actum*)
- STC N.º 2791-2005-AA, Caso Julio Soberón Márquez (Inhabilitación Política. Acceso a los medios de comunicación del Estado. Partidos Políticos)
- STC N.º 2302-2003-AA, Caso Inversiones Dreams S.A. (Agotamiento de la vía previa en materia tributaria)
- STC N.º 1417-2005-PA, Caso Manuel Anicama Hernández (Amparo Provisional. Contenido esencial del derecho a la pensión)
- STC N.º 349-2004-PA, Caso María Contrina Aguilar (Libertad de Tránsito. Bien jurídico seguridad ciudadana)
- STC N.º 1966-2005-HC, Caso César Augusto Lozano Ormeño (Responsabilidad del ente administrador)
- STC N.º 0168-2005-PC, Caso Maximiliano Villanueva Valverde (Procedencia del proceso de cumplimiento)
- STC N.º 2616-2004-AC Caso Amado Santillán Tuesta (Decreto Supremo N.º 019-94-PCM y Decreto de Urgencia N.º 037-94)
- STC N.º 3482-2005-HC, Caso Augusto Brain Delgado (Libertad de tránsito. Bien Jurídico seguridad ciudadana)
- STC N.º 5854-2005-PA, Caso Pedro Lizana Puelles (Amparo Electoral)
- STC N.º 2802-2005-PA, Caso Julia Benavides García (Libertad de empresa. Amparo en materia municipal)
- STC N.º 0206-2005-PA, Caso César Baylón Flores (Procedencia de amparo electoral)

- STC N.º 3361-2004-AA, Caso Jaime Amado Álvarez Guillén (Ratificación de magistrados. Tutela procesal efectiva)
- STC N.º 4677-2004-PA, Caso Confederación General de Trabajadores del Perú – CGTP (Derecho de reunión)
- STC N.º 4227-2005-PA, Caso Royal Gaming S.A.C. (Impuesto casinos y tragamonedas)
- STC N.º 0030-2005-AI, Caso ley de la Barrera Electoral (límites a las sentencias manipulativas)
- STC N.º 4635-2004-PA, Caso Sindicato de Trabajadores de Toquepala (Jornada trabajadores mineros. Jornadas atípicas)
- STC N.º 1257-2005-HC, Caso Enrique José Benavides Morales (Plazo del proceso y de detención en relación a la conducta obstruccionista del procesado)
- STC N.º 2877-2005-PA, Caso Luis Lagomarcino Ramírez (Recurso de Agravio Constitucional) (Ley 23098. Pensión mínima o inicial)
- STC N.º 5189-2005-PA, Caso Jacinto Gabriel Angulo (Ley 23908. Pensión mínima o inicial)
- STC N.º 3075-2006-PA, Caso Escuela Internacional de Gerencia High School of Management – Eiger (Medidas preventivas o cautelares en sede administrativa)
- STC N.º 3362-2004-PA, Caso Prudencio Estrada Salvador (Derecho de rectificación)
- STC N.º 3741-2004-AA, Caso Ramón Salazar Yarlénque (Control difuso administrativo. Precedente vinculante y doctrina jurisprudencial)
- STC N.º 1333-2006-PA, Caso Jacobo Romero Quispe (Ratificación de magistrados – reingreso a la carrera judicial)
- STC N.º 9381-2006-PA, Caso Félix Vasi Zevallos (ONP – Bono de reconocimiento)
- STC N.º 7281-2006-PA, Caso Santiago Terrones Cubas (Desafiliación de las AFP's)

- STC N.º 4853-2004-PA, Caso Dirección General de Pesquería de La Libertad (Amparo contra amparo. Recurso de Agravio Constitucional)
- STC N.º 6612-2005-AA, Caso Onofre Vilcarima Palomino (Pensión Vitalicia. Pensión de invalidez. Enfermedad profesional)
- STC N.º 10087-2005-AA, Caso Alipio Landa Herrera (Pensión vitalicia. Pensión de invalidez. Enfermedad profesional. Decreto Ley 18846. Ley 26790)
- STC N.º 0061-2008-PA, Caso Rímac Internacional (Arbitraje voluntario y obligatorio del D.S. 003-98-SA. Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo)
- STC N.º 5430-2006-PA, Caso Alfredo de la Cruz Curasma (Pago de devengados e intereses)
- STC N.º 4762-2007-AA, Caso Alejandro Tarazona Valverde (Acreditación de Aportaciones)
- STC N.º 2513-2007-PA, Caso Ernesto Casimiro Hernández Hernández
- STC N.º 04650-2007-AA, Caso Cooperativa de Ahorro y Crédito de Sub-Oficiales de la Policía Nacional del Perú "Santa Rosa de Lima LTDA." (Amparo contra amparo)
- STC N.º 05961-2009-AA, Caso Transportes Vicente, Eusebio, Andrea S.A.C. (autos usados)
- STC N.º 03052-2009-PA, Cobro de Beneficios Sociales y Reposición
- STC 01-2010-CC, Caso Ministerio de Transportes y Comunicaciones en representación del Presidente de la República contra el Poder Judicial
- STC 002-2010-PI, Caso 5,000 ciudadanos contra el Decreto Legislativo N.º 1057 – Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios
- STC 00142-2011-PA/TC Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. María Julia (Amparo Arbitral)

Como se puede notar, los precedentes constitucionales inciden en asuntos de permanente presencia en la sociedad y han sido emitidos según la coyuntura en que han cobrado mayor notoriedad, es el caso de los trabajadores sujetos a los denominados contratos de administración de servicios y aspectos vinculados con la seguridad ciudadana, la autonomía de los órganos electorales, la revisión de los laudos arbitrales, etcétera. Estos y otros temas, en muchos casos, han sido efectivas respuestas a problemas que han experimentado diversos sectores de la población que han considerado oportuno un pronunciamiento definitivo por parte del Tribunal Constitucional, en la medida que han considerado a este órgano como la suprema jurisdicción con capacidad de solución concluyente y permanente en el tiempo.

7.4.3 La legitimidad institucional de la jurisprudencia constitucional

Independientemente de la necesidad o no de un órgano constitucional, ajeno a los tres poderes del Estado, el Tribunal Constitucional es hoy, qué duda cabe, una institución vigorosa con vital importancia en el Estado Constitucional democrático, al punto que se reconoce, por ejemplo, que en los países europeos que tienen Tribunal Constitucional la historia de la democracia y la de la justicia constitucional han ido juntas, alimentándose la una a la otra²¹¹. Es una realidad que el Tribunal Constitucional es una entidad de notable reconocimiento con una apreciable aceptación de la

²¹¹ Pérez Royo, Javier, Curso de Derecho Constitucional, 10ma. Edición, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 908. Para el autor el Tribunal Constitucional responde a una anomalía histórica presente y con proyección de futuro. Señala que nace en el siglo XX, después de la Primera Guerra Mundial con el constitucionalismo democrático. La anomalía se encuentra en el proceso de transición a la democracia de determinados países. Por ello, el Tribunal Constitucional no existe en todos los países europeos, sino únicamente en aquellos que tuvieron excepcionales dificultades para transitar del Estado Liberal del siglo XIX al Estado Democrático del siglo XX: Austria, Alemania, Italia, Portugal y España. No obstante esta causa, reconoce que donde existe Tribunal Constitucional, es una institución de sólido prestigio por la permanente relación entre la justicia constitucional y la democracia.

opinión especializada y de la opinión pública en general, al punto de ser una de las instituciones mejor valoradas por las encuestas²¹².

En tal sentido, más allá de la conveniencia o no de su funcionamiento en el Perú, no es asunto del presente trabajo abordar dicha discusión sobre el Tribunal Constitucional, sino más bien estudiar a esta institución como una realidad con marcada influencia en el sistema jurídico y democrático, reconociéndole una trayectoria, si bien relativamente corta²¹³, lo suficientemente consistente para haber posicionado a la fuente de la jurisprudencia constitucional en un nivel privilegiado que seguramente no habíamos conocido antes y que hoy ha posibilitado una sistematización real y uniforme de las decisiones sobre la interpretación de la Constitución.

Pero si el problema del proceso de elección es una constante en cuanto al incumplimiento de los plazos y la prolongada demora por la falta de consenso de los parlamentarios, sin duda, el aspecto medular lo constituye la serie de hechos en los que otros órganos del Estado se han pronunciado abiertamente con relación a no acatar los fallos del Tribunal Constitucional, y con ello desconocer su autoridad como máximo intérprete de la Constitución.

Al respecto, puede anotarse como ejemplo que desde el 2004 el Tribunal Constitucional ordenó al Congreso emitir una nueva legislación en materia de jurisdicción militar (Código Penal Militar

²¹² Un dato que respalda ello es la encuesta publicada en el Perú en setiembre de 2004, realizada por el Instituto de Desarrollo e Investigación de Ciencias Económicas (IDICE), para evaluar a los presidentes o representantes de las instituciones operadoras de justicia. La encuesta señaló que al evaluar la confianza y credibilidad de las cuatro instituciones que tienen que ver con impartir justicia en el Perú; los resultados fueron los siguientes: 33.1% expresaron su confianza en el TC y un 44% manifiesta que es la institución con mayor credibilidad ante la opinión pública, muy abajo le sigue el Ministerio Público que tiene un nivel de confianza de 13.3% y una credibilidad de 11.7%, el Poder Judicial registra una confianza de 12.5% y una credibilidad ante la opinión pública de 10.6%.

²¹³ Si bien la justicia constitucional en el Perú se reconoció en la Constitución de 1979 a través del Tribunal de Garantías Constitucionales, es verdad que solo se puede hablar de una real jurisprudencia constitucional a partir de la instalación del Tribunal Constitucional el 24 de junio de 1996, bajo la vigencia de la Constitución Política de 1993.

Policial y Ley de Organización y Funciones) de acuerdo a los lineamientos establecidos por su jurisprudencia²¹⁴, sin embargo, el Parlamento aprobó una nueva legislación repetitiva de la anterior, estableciéndose inclusive en el Dictamen de la Comisión de Defensa que “*El Tribunal Constitucional se equivocó*”. Además de ello, debe tenerse presente que el Tribunal Constitucional le dio un plazo al Congreso para la emisión de la nueva legislación, siendo que lejos de cumplir el plazo, emitió una Ley de prórroga dada por sí mismo. A mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional calificó en una resolución de un hábeas corpus, de inaplicable parte de la Ley 29182 de Organización y Funciones de la Justicia Militar Policial, y además declaró en "rebeldía legislativa" al Congreso de la República por emitir dicha norma.

Lo particular de este caso y que evidencia lo trascendental que es contar con un adecuado sistema de elección de magistrados, es que contra todo razonamiento consecuente, el Tribunal Constitucional, en un nuevo pronunciamiento, cambió toda su jurisprudencia anterior sobre la materia. En efecto, el 4 de diciembre del 2009, en el proceso de inconstitucionalidad contra la Ley 29182, Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, interpuesta por el Colegio de Abogados de Lima contra el Congreso de la República²¹⁵, declaró infundada la demanda, validando casi la

²¹⁴ La Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público y el Colegio de Abogados de Lima desde el año 2004 han venido presentando diversas demandas de inconstitucionalidad frente a la legislación penal militar y policial(Exp N° 0017-2003-AI/TC, Exp. N° 0023-2004, Exp. 0004-2006-PI/TC, Exp. 0006-2004-PI/TC) las cuales fueron declaradas fundadas en parte por el Tribunal Constitucional. En cada proceso de inconstitucionalidad, el máximo intérprete de la Constitución exhortaba al Congreso la emisión de legislación militar acorde con los principios constitucionales y los parámetros dados por su sentencia. Sin embargo el Congreso (al parecer) tomaba en cuenta otros parámetros al legislar lo cual generó que en tres ocasiones se renovara la declaratoria de inconstitucionalidad, básicamente sobre la misma regulación inconstitucional que el Congreso de la República se empeñaba en aplicar en su diversa legislación. El cuestionamiento central del Tribunal Constitucional, y que ya había sido contenido en resoluciones anteriores, es que los jueces y fiscales del fuero castrense no pueden ser militares en actividad, porque les quita autonomía e independencia, sino que tienen que ser nombrados por el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) y el Ministerio Público, respectivamente.

²¹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 00001-2009-PI/TC.

integridad del texto que fuera objeto de la demanda y modificando su propia jurisprudencia, al considerar que “el contexto histórico, social y político ha cambiado sustancialmente”, por lo que es necesario que la lectura de la Constitución se adecue a estos cambios, en una “interpretación constitucional dinámica y no anquilosada”. Esta nueva posición resulta manifiestamente contradictoria del hecho que el 3 de febrero de 2009, se pronunció sobre la inconstitucionalidad de la norma que otorgaba funciones jurisdiccionales a los fiscales militares-policiales que no formaran parte del Ministerio Público. En buena cuenta, esta nueva decisión modificó todos los avances que mediante sentencias anteriores se emitieron en relación con la justicia militar, como es precisamente la exigencia de que los tribunales militares-policiales tuvieran la condición de independientes e imparciales, exigencias desprendidas de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Siendo ello así, es comprensible que se haya tenido la suspicacia de pensar que finalmente el Tribunal Constitucional, conformado por miembros con afinidad al partido mayoritario del Congreso, resolvió no contradecir de modo indeterminado al Poder Legislativo (recuérdese que son varias las sentencias sobre el particular) y más bien alinearse a su determinación. Esta posibilidad refleja la falta de consistencia entre el sistema de elección de magistrados y el alto encargo del colegiado constitucional, que ante todo debe adecuar su labor a los principios de independencia e imparcialidad.

Es justamente por lo anotado que, en su momento, el Tribunal Constitucional fue ampliamente criticado por la emisión de la sentencia referida al caso El Frontón²¹⁶. En concreto, el 15 de diciembre del 2008, en la demanda contra la sentencia emitida por la Tercera Sala Penal de Reos Libres de Lima, en el litigio relacionado con los hechos ocurridos en la matanza del penal denominado El

²¹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 3173-2008-PHC/TC.

Frontón, e interpuesta por el Instituto de Defensa Legal (IDL) en representación de la familia Durand Ugarte, el colegiado constitucional declaró improcedente la demanda, precisando que el IDL no estaba legitimado en el proceso.

El sentido de la decisión propició considerable controversia porque el Tribunal Constitucional se rehusó a evaluar el fondo del asunto, aduciendo la falta de requisitos formales por parte del demandante. Ello no debió revestir mayor obstáculo, ya que el Código Procesal Constitucional, en el artículo III de su Título Preliminar, prevé la adecuación de las formalidades al logro de los fines de los procesos constitucionales, que son garantizar la supremacía constitucional y la tutela de los derechos fundamentales. Sumado a esto, se dejó de lado una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que exigió al Estado peruano descubrir y procesar a los responsables de los hechos en el centro penitenciario El Frontón²¹⁷.

Como si lo anterior no fuera suficiente, se han producido contradicciones directas entre ambos órganos, las que han llegado a evidenciar un desconocimiento directo a la autoridad del Tribunal Constitucional como máximo intérprete en materia constitucional. Un caso que muestra tal situación es lo ocurrido con la decisión del Pleno Jurisdiccional (Expediente N° 0023-2005-PI-TC) que declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad contra el tercer y cuarto párrafo del artículo 15 del Código Procesal Constitucional, referente a la procedencia de medidas cautelares en procesos de amparo que cuestionen actos administrativos de gobiernos locales y regionales. Pese a la constitucionalidad declarada, el Congreso de la República, posteriormente, modificó el citado artículo en sentido

²¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Durand y Ugarte Vs. Perú, Sentencia de 16 de agosto de 2000. En el punto resolutivo 7, la Corte determinó: “(...) *el Estado está obligado a hacer todo el esfuerzo posible para localizar e identificar los restos de las víctimas y entregarlos a sus familiares, así como para investigar los hechos y procesar y sancionar a los responsables.*”

contrario a lo que había determinado el colegiado constitucional, mediante la Ley 28946, publicada el 24 diciembre 2006. Es decir, al Congreso de la República poco le importó la posición del Tribunal Constitucional, que es el intérprete último de la Constitución, para modificar una norma sobre la cual dicho colegiado ya había emitido una decisión que, por su naturaleza, tenía efecto normativo (proceso de inconstitucionalidad).

Asimismo, son conocidos los constantes enfrentamientos del Tribunal Constitucional con el Poder Judicial. Mediante Resolución de Jefatura N° 021-2006-J-OCMA/PJ, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 4 de abril de 2006, el Órgano de Control de la Magistratura (OCMA) emitió un comunicado para que los jueces deban acatar, bajo responsabilidad, los precedentes del Tribunal Constitucional. No obstante, al día siguiente (5 de abril), el Secretario General del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, Alberto Mera Casas, publicó un comunicado en los principales diarios, desconociendo y desautorizando la mencionada resolución de la OCMA, con el argumento de que los *“los magistrados judiciales sólo están sometidos a la Constitución y a la ley, y el Estado les garantiza su independencia jurisdiccional, consagrada en el inciso 1 del artículo 146° de la carta fundamental y en el artículo 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”*. Naturalmente, con esta posición se relativiza la ejecución del artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, aprobada por el Parlamento, que establece que el Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad, siendo que su primera disposición final, en la línea de los artículos VI y VII del Código Procesal Constitucional, afirma que los jueces y tribunales interpretan y aplican las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación del Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad.

Los conflictos entre estos dos órganos jurisdiccionales han llegado a los más altos niveles representativos al punto que las competencias del Tribunal Constitucional han sido previamente desconocidas a la emisión de sus resoluciones por parte de las máximas autoridades. En efecto, es conocido que, en su momento, Javier Villa Stein, ex Presidente del Poder Judicial, advirtió que no permitirá que el Tribunal Constitucional en un “exceso” anule la resolución judicial que ratificó la ampliación por 36 meses más la detención provisional de Antauro Humala, principal implicado en el caso del “andahuaylazo”. Precisó que la referida resolución dada por la Primera Sala Especial para Reos en Cárcel era adecuada y respetó el debido proceso, razón por la que fue ratificada por la sala de la Corte Suprema que él presidía. Finalmente, indicó que si el Tribunal Constitucional se “carga” una resolución de la Corte Suprema tendrá que asumir su responsabilidad, pues la ley no ampara el abuso del derecho²¹⁸.

Además, no es menos importante observar los impases ocurridos recientemente entre el ex Presidente del Poder Judicial, César San Martín Castro, y el ex Presidente del Tribunal Constitucional, Ernesto Álvarez Miranda. Recuértese la controversia legal entre Telefónica del Perú y Scotiabank que generó una sentencia del colegiado constitucional²¹⁹ que provocó un enfrentamiento entre las mencionadas autoridades, quienes defendieron sus respectivas atribuciones. Mediante un comunicado público, el Presidente del Poder Judicial acusó al Tribunal Constitucional de intromisión en sus funciones al anular una sentencia de la Corte Suprema de Justicia favorable a Telefónica del Perú. Se denunció una supuesta

²¹⁸ Caso Antauro: El Poder Judicial se enfrenta al TC por su posible liberación, en: El Comercio del 17 de julio de 2009, Lima, p. 19.

²¹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 0037-2012-PA/TC de fecha 25 de enero de 2012. En esta resolución, el colegiado constitucional declaró fundado el recurso de agravio constitucional presentado por Scotiabank contra la resolución de la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima y, en consecuencia, anuló la resolución de casación 3313-2009, de fecha 5 de abril de 2011, de la Sala Civil Permanente de Corte Suprema de Justicia de la República.

intervención del Tribunal Constitucional en las competencias que la Constitución le otorga únicamente al Poder Judicial, en el extremo de decidir sobre el fondo, y de manera definitiva, los conflictos entre dos personas jurídicas de naturaleza privada.

Efectivamente, en un primer comunicado, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial señaló que se estaba ante un antecedente inaceptable, pues genera un grave riesgo para la estabilidad del sistema de justicia y para la seguridad jurídica de los ciudadanos²²⁰. A su vez, a través de un comunicado institucional²²¹, el Tribunal Constitucional respondió que ha actuado conforme a las funciones que le han sido encomendadas por la Constitución en el artículo 202.2 y que solo ha restituido el derecho vulnerado, pues será el Poder Judicial quien definirá el tema de fondo.

Igualmente, los peruanos fuimos testigos de un contradictorio que incluyó calificativos nada fraternos mediante comunicados oficiales por parte de ambas autoridades a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la homologación salarial de los jueces²²². Así, el comunicado del Tribunal Constitucional²²³ calificó de “*ataques y adjetivos agraviantes*” las declaraciones del representante del Poder Judicial contra el Presidente del ente constitucional, y remarcó que “*les resulta irreverente, impertinente y temerario*” que se haya expresado que sean “*jueces por casualidad, más aún si esto viene de quien detenta un título cuestionado que puso en tela de juicio su acceso a la Corte Suprema de Justicia*”. Por su parte, el Presidente del Poder Judicial indicó que se trataba de un comunicado “*grosero, impertinente y bajo*”, refiriendo que la Corte

²²⁰ Comunicado del Poder Judicial del Perú de fecha 10 de julio de 2012.

²²¹ Comunicado del Tribunal Constitucional del Perú de fecha 13 de julio de 2012.

²²² Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 3919-2010-PC/TC.

²²³ Comunicado del Pleno del Tribunal Constitucional del Perú de fecha 25 de setiembre de 2012.

Suprema no responderá con otro comunicado al Tribunal Constitucional pero sí planteará el tema al pleno que preside.

De otro lado, no puede dejar de observarse que la resistencia al cumplimiento de las sentencias del Tribunal Constitucional no solo ha partido de los poderes públicos, sino también ha estado presente en el seno de los órganos constitucionalmente autónomos. Como ejemplo, podemos citar las resoluciones sobre los fonavistas (expedientes 01078-2007-AA/TC y 03283-2007-PA/TC), que motivaron el anuncio institucional del Jurado Nacional de Elecciones de incumplir las decisiones del Tribunal Constitucional, lo que si bien luego se relativizó, generó en los hechos un precedente negativo.

Además, es preciso voltear la mirada hacia hechos de notoria gravedad suscitados a partir del desconocimiento de las decisiones del Tribunal Constitucional. Ciertamente, en el 2005 se publicaron dos resoluciones contradictorias, una del Jurado Nacional de Elecciones y otra del Tribunal Constitucional, respecto de la reposición del Alcalde de Chiclayo, Arturo Castillo, contradicción que generó el incendio de la Municipalidad de la referida ciudad²²⁴.

En los dos últimos casos se puede apreciar que el Jurado Nacional de Elecciones ha emitido decisiones que han merecido una corrección por parte del Tribunal Constitucional. El problema es que dicha corrección no ha contado con la inmediatez en su ejecución como corresponde, sino que ha tenido una etapa preliminar de incertidumbre que solo determina un retroceso en el fortalecimiento de la fuerza vinculante de la jurisprudencia constitucional. Lo anecdótico es que el citado órgano constitucionalmente autónomo conocía con anterioridad la prioridad de las sentencias del colegiado constitucional, pues en su oportunidad este último declaró la

²²⁴ Un fallo del Tribunal Constitucional (expediente 2730-200-AA/TC) declaró nula la resolución 156-2005 del JNE que determinó la vacancia de Arturo Castillo en el 2005.

inconstitucionalidad de la ley 28642, que modificaba el inciso 8 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional (prohibición de la procedencia de los procesos de amparo contra las resoluciones emitidas por el Jurado Nacional de Elecciones que vulneraran derechos constitucionales). Es en este caso, donde el Tribunal Constitucional desarrolló el principio constitucional que estipula la ausencia de ámbitos exentos de control constitucional, y que todos los órganos e instituciones del Estado que tengan poder de decisión y resolutorio deben seguir lo dispuesto por la Constitución y el Bloque Constitucional²²⁵.

Lo anotado, repetimos, contribuye al debilitamiento de la institucionalidad y, sobre todo, del carácter vinculante de los fallos del Tribunal Constitucional, que en palabras de este órgano ha sido definido en los siguientes términos: “(...) *el carácter vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional genera consecuencias que van más allá de los efectos de la cosa juzgada formal, toda vez que su observancia es no solo para las partes del proceso, sino también para los poderes y órganos constitucionales y para los casos futuros similares, debido a lo dispuesto en el fallo de la sentencia y también a sus fundamentos y consideraciones -ratio decidendi-*”²²⁶. Es preocupante, por decir lo menos, que la disminución de legitimidad de las decisiones del Tribunal Constitucional, se promueva desde el propio aparato estatal, pues con ello es evidente una afectación directa a la institucionalidad con que debe contar, en tanto supremo intérprete de la norma superior que rige en nuestro ordenamiento jurídico. Es igualmente negativo que en un Estado Constitucional de Derecho, donde el propio Tribunal Constitucional habilitó el denominado control difuso administrativo (que faculta y obliga a todos los órganos administrativos, los de máxima instancia y con jurisdicción nacional, a realizar y aplicar el control difuso contra

²²⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 0007-2007-PI/TC.

²²⁶ Sentencia recaída en el expediente 006-2006-PC/TC, fundamento jurídico 40.

normas que contradigan la Constitución o el Bloque Constitucional)²²⁷, aún se pueda desestimar el cumplimiento de las decisiones de este órgano.

Por ello, es necesario reevaluar las causas que han determinado esa falta de legitimidad de las sentencias del Tribunal Constitucional. Sin duda, un aspecto medular en dicho ámbito, lo constituye el sistema de elección de sus magistrados, pues en la actualidad el Congreso de la República, “respaldado” por sus antecedentes, ha demostrado que el procedimiento que se sigue bajo su dirección exclusiva no solo es deficiente sino además no idóneo. Dicho problema parte de la conformación de la Comisión Evaluadora de los candidatos, pues como se ha visto, no solo no existe una reglamentación clara sobre la materia sino que además su designación es puramente política sin garantía de un proceso realmente imparcial. Es evidente la trascendencia de entender desde el ámbito institucional que el oportunismo por conformar mayorías proclives y la perversión del sistema articulada en torno al reparto de cuotas entre los partidos son cargas de profundidad contra las que hay que luchar para que no se vea dañada la imagen de la justicia constitucional²²⁸.

La excelencia profesional y la independencia respecto del poder político, conforman la garantía de la futura actuación del Tribunal Constitucional con autonomía frente a los poderes públicos y privados²²⁹. El origen de la designación no solo debería ser olvidado sino que además sus decisiones deben regirse únicamente por el principio de apego al texto constitucional y a su correcta interpretación.

²²⁷ Sentencia recaída en el expediente 3741-2004-AA/TC.

²²⁸ Fernández Rodríguez, José Julio, La justicia constitucional europea ante el siglo XXI, Tecnos, Madrid, 2007, p. 41.

²²⁹ Cruz Villalón, Pedro, La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, p. 233.

De conformidad con lo expuesto, el presente trabajo constituye un aporte cierto al principal trabajo que reúne a todas las características descritas: el desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Asumimos que solo a través de un adecuado sistema de elección de magistrados, se podrá garantizar decisiones verdaderamente acordes con los postulados del Estado Constitucionales de Derecho y dotar al colegiado constitucional de la legitimidad necesaria para la debida ejecución de sus resoluciones.

8. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

8.1 Conclusiones

- El modelo de control constitucional peruano tiene como órgano central al Tribunal Constitucional, cuyos miembros determinarán la eficacia de los principios elementales del Estado Constitucional de Derecho: la supremacía de la Constitución y la tutela de los derechos fundamentales.
- El estudio del sistema de elección de magistrados del Tribunal Constitucional comprende diversos aspectos: procedimiento legislativo, órgano encargado de la elección, número de miembros, período del mandato y requisitos vinculados con la especialización y la trayectoria democrática.
- El actual sistema de elección de magistrados constitucionales en el Perú no es coherente con el desarrollo de un proceso imparcial y democrático, situación que es lesiva del principio – derecho del debido proceso que debe ser garantizado a toda la sociedad.
- De acuerdo con los antecedentes desarrollados en el Perú en materia de elección de miembros del Tribunal Constitucional, la Comisión Especializada del Congreso no tiene parámetros normativos definidos para desarrollar sus funciones.
- La Comisión Especializada del Congreso ha desarrollado hasta la fecha un trabajo informal, poco transparente y ampliamente subjetivo, desplazando a la evaluación curricular y la trayectoria personal a un plano no decisivo, sino secundario.

- La Comisión Especializada y el Pleno del Congreso no han demostrado tener la capacidad suficiente para evaluar a juristas de reconocida trayectoria, presentándose en muchos casos maltratos y acciones contrarias a la buena fe de los candidatos.
- El actual procedimiento de designación de miembros del Tribunal Constitucional desarrollado en el Pleno del Congreso de la República no garantiza un procedimiento imparcial ni democrático, sino un sistema de privilegio de intereses partidarios, contrarios a las misiones constitucionales del alto tribunal.
- Los conflictos entre el Tribunal Constitucional y diversos órganos públicos evidencian una negativa falta de legitimidad del primero y una preocupante situación de ineficacia de las decisiones jurisdiccionales.
- Los cambios legislativos introducidos en el procedimiento de designación de magistrados del Tribunal Constitucional no son suficientes para asegurar los principios de objetividad y democracia.
- La consideración del contexto nacional y la influencia del factor político en el órgano que tiene el monopolio de la elección, no ofrecen garantía de un proceso objetivo de designación de magistrados del Tribunal Constitucional.
- La revisión de los procesos de elección de magistrados del Tribunal Constitucional regulados en otros sistemas jurídicos y el ambiente en el que se desarrollan, permite entender las deficiencias de nuestro sistema de designación y las propuestas adecuadas de reforma.

8.2 Recomendaciones

- Promover la discusión doctrinaria sobre la necesidad de evaluar una reforma integral del actual sistema de elección de magistrados del Tribunal.
- Promover la discusión y la conveniencia, por parte de los órganos competentes, de introducir modificaciones al vigente sistema de elección de miembros del Tribunal Constitucional de acuerdo con los planteamientos de la presente investigación.

9. BIBLIOGRAFÍA

- Abad Yupanqui, Samuel, La importancia de una elección, En: Diario El Comercio, Lima, 12 de febrero de 2007.
- Alva Orlandini, Javier, Composición del Tribunal Constitucional, En: La Constitución comentada: análisis artículo por artículo, Vol. I, Gaceta Jurídica, Lima.
- Agudo Zamora, Miguel, El modelo institucional europeo de Justicia Constitucional, en: La Reforma Del Tribunal Constitucional, Actas del V Congreso de La Asociación de Constitucionalistas de España, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.
- Avendaño Valdez, Jorge. Elección para el TC: políticos o juristas, en: Diario El Comercio, Lima 1 de febrero de 2007.
- Bellamy, R. y Castiglione, D., Constitutionalism and Democracy - Political Theory and the American Constitution, en British Journal of Political Science, Vol. 27, N° 4, 1997.
- Bernaldes Ballesteros, Enrique. La Constitución española de 1978 y la peruana de 1979, en: La Constitución de 1978 y el Constitucionalismo Iberoamericano, Ministerio de la Presidencia y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.
- Brage Camazano, Joaquín, El Tribunal Constitucional Federal y la Jurisdicción Constitucional en Alemania: con particular referencia al pensamiento de Peter Häberle y Konrad Hesse, en: Estudios sobre la Jurisdicción Constitucional (con especial referencia al Tribunal Constitucional Alemán), editorial Porrúa e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México D.F., 2005.
- Cano Ballesta, Juan, Derecho Constitucional, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1999.
- Cruz Villalón, Pedro, La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.
- Chanamé Orbe, Raúl, Diccionario de Derecho Constitucional: conceptos – instituciones – personajes, Adrus, Lima, 2010.
- Chirinos Soto, Enrique y Chirinos Soto, Francisco, Constitución y comentario, Editorial Norman, Lima, 1994, pp. 453-454. Citado por Landa Arroyo, César, en: el Modelo de jurisdicción constitucional, Biblioteca Jurídica Contemporánea; N° 2, San Marcos, Lima, 2004.

- De Asís, Rafael, Sobre la interpretación de la Constitución en una sociedad multicultural, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho, Universidad Carlos III de Madrid, 2010.
- De Esteban, J., El Tribunal Constitucional renovado, en: El Estado de la Constitución, Libertarias/Prodhufi, Madrid, 1992.
- Eguiguren Praeli, Francisco, La jurisdicción constitucional en el Perú: algunas propuestas para la reforma constitucional, en: Homenaje a Jorge Avendaño, Vol. I, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2004.
- Eguiguren Praeli, Francisco, La elección de nuevos Magistrados al TC, en: Diario *Perú.21*, Lima 8 de febrero de 2007.
- El Federalista, Carta LXXVIII, Libro Libre, San José de Costa Rica, 1986.
- Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy, Jurisdicción Constitucional: importación de justicia y debido proceso, ARA Editores, 1ra. Edición, Lima, 2003.
- Ferrero, Eduardo (editor), Proceso de retorno a la institucionalidad democrática en el Perú, Lima, 1992.
- Ferrer Mac-Gregor, Los tribunales constitucionales en Iberoamérica, Fundap, México, 2002.
- Ferrer Mac-Gregor, La Constitución española de 1931 y el juicio de amparo mexicano, en: Revista de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre de Derecho, Año 23, N° 23, México, 1999.
- Fernández Segado, Francisco, Los sistemas constitucionales iberoamericanos, García Belaunde, Domingo y otros (Coords.), Dickinson, 1992.
- Fernández Segado, Francisco, La jurisdicción constitucional en la reforma de la Constitución de Bolivia, en: Una mirada a los Tribunales Constitucionales: las experiencias recientes, Serie: Lecturas Andinas 4, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1995.
- Fernández Rodríguez, José Julio, La justicia constitucional europea ante el siglo XXI, Tecnos, Madrid, 2007.
- Fix – Zamudio, Héctor, Tribunales Constitucionales y Derechos Humanos, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1980.

- Fix Zamudio, Héctor, Ensayos sobre el Derecho de Amparo, UNAM, México, 1993.
- Fix-Zamudio, Héctor, Ponencia general presentada en el X Congreso Mundial de Derecho Procesal, Taormina, Italia, setiembre de 1995.
- Freund, Julien, Sociología de Max Weber, Península, Barcelona, 1973.
- Frugone Schiavone, Héctor, Reforma del Estado: El nuevo procedimiento administrativo, Montevideo, Secretaría de la Presidencia de la República, 1991.
- García Belaúnde, Domingo, Dos cuestiones disputadas sobre el Derecho Procesal Constitucional, *Congreso de reforma de la Constitución y jurisdicción constitucional*, Universidad Católica San Pablo, Arequipa, 26 a 28 de octubre de 2006.
- García Belaúnde, Domingo, La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo, en: La Ley, Buenos Aires, octubre de 1998.
- García Belaúnde, Domingo, Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, Vol. I, México, 2003.
- García De Enterría, Eduardo, El alcance del control judicial de las administraciones públicas en los Estados Unidos de América, editorial MacGraw-Hill, Madrid, 1996.
- García De Enterría, Eduardo, La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, Civitas, Madrid, 1985.
- García-Pelayo, Manuel. El status del Tribunal Constitucional. en: Revista Española de Derecho Constitucional, Año 1, Nº 1, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, enero-abril 1981.
- García Roca, Javier, La Experiencia de 25 Años de Jurisdicción Constitucional, en: La Reforma Del Tribunal Constitucional, Actas del V Congreso de La Asociación de Constitucionalistas de España, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.
- Garrorena Morales, Àngel, El debate justicia constitucional – democracia en los procesos constituyentes de 1931 y 1978, en: Revista Española de Derecho Constitucional, Nº 91, enero-abril, 2011.
- González-Trevijano Sánchez, Gonzalo, El Tribunal Constitucional, Aranzadi, Navarra, 2000.

- Geck, Wilhelm Karl, Nombramiento y status de los Magistrados del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, en: Revista Española de Derecho Constitucional, Año 8, N° 22, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, enero-abril 1988.
- Haberle, Peter, El Tribunal Constitucional como Tribunal ciudadano, el recurso constitucional de amparo, Traducción y estudio preliminar de Joaquín de Joaquín Brague Camanzano, Colección de Derecho Administrativo y Político, Fundap, México, 2005.
- Herrera, Carlos Miguel, La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución, en: Revista de Estudios Políticos, N° 86, octubre-diciembre 1994, Madrid.
- Instituto de Defensa Legal – Justicia Viva, Documento de Trabajo N° 32: Propuesta de modificación del Reglamento del Congreso sobre la elección de magistrados del Tribunal Constitucional para garantizar elecciones más transparentes, 6 de agosto de 2009.
- IDEELE N° 199, Instituto de Defensa Legal, Lima, 2010.
- Kelsen, Hans, La Garantía Jurisdiccional de la Constitución: La Justicia Constitucional, traducción de Tamayo y Salmorán, Rolando, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001.
- Landa Arroyo, César, Los procesos constitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Plaestra, Lima, 2012.
- Landa Arroyo, César, Organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional, entre el Derecho y la Política, Palestra, Lima, 2011.
- Landa, César. Estudios sobre Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, México D.F., 2006.
- Landa Arroyo, César, Los votos singulares en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú, Fondo Editorial de La Pontificia Universidad Católica Del Perú, Lima, 2012.
- Landa Arroyo, César, Ética y justicia constitucional, en: Revista de Derecho Político, N° 75-76, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2009.
- Landa Arroyo, César, Derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional, en: Pensamiento Constitucional, Año VIII N° 8, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 2002.
- Landoni Sosa, Ángel, El proceso transnacional, en: Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Vol 2, N° 16, Bogotá, 1988.

- León, Aníbal, Los excesos del Tribunal Constitucional peruano: a propósito del control concentrado de la Constitución, en: Estudios Constitucionales, Año 3, Nº 2, Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca, 2005, p.30.
- López Guerra, Luis, El Tribunal Constitucional y el principio *stare decisis*, Universidad de Extremadura, 1981.
- López Guerra, Espin, García Morillo, Pérez Tremps, Satrustegui, Tirant lo Blanch, Derecho Constitucional, Vol. II, Valencia, 1994.
- López Pina, Antonio, Manual de derecho constitucional, segunda edición, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2001.
- Nicolás Gonzales-Deleito, Domingo, Tribunales Constitucionales Organización y funcionamiento, Tecnos, Madrid, 1980.
- Núñez Poblete, Manuel, El neoconstitucionalismo y el recurso a los valores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno, en: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Nº 34, Valparaíso, 2010.
- Öhlinger, Theo, *Hans Kelsen y el Derecho constitucional federal austriaco: una retrospectiva crítica*, Viena, 20 de marzo de 2003, traducción de Joaquín Brage Camazano.
- Palomino Manchego, José (coordinador), El Derecho procesal constitucional peruano: Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde, 2 volúmenes, Grijley, Lima, 2005.
- Paredes Paredes, Felipe, Justicia Constitucional y democracia: Sello de constitucionalidad en el control preventivo obligatorio (Tribunal Constitucional), en: Revista de Derecho, Vol. XXIV, Nº 1, Valdivia, julio 2011.
- Pareja Paz, José, Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979, Vol. I, Valenzuela Editores, Lima, 1980.
- Pérez Royo, Javier, Curso de Derecho Constitucional, 10ma. Edición, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- Remotti Carbonel, José Carlos, La Corte Interamericana de Derechos Humanos: estructura, funcionamiento y jurisprudencia, IDEMSA, Lima, 2004.
- Rubio Llorente, Francisco, Tendencias Actuales de la Jurisdicción Constitucional en Europa, en: Estudios sobre Jurisdicción Constitucional, McGraw Hill, Madrid, 1998.

- Rubio Llorente, Francisco, Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa, en: La jurisdicción constitucional chilena ante la reforma, Cuadernos de Análisis Jurídico, Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho, Santiago de Chile, 1999.
- Rubio Llorente, Francisco, El Tribunal Constitucional, en: Revista Española de Derecho Constitucional, Nº 71, CEPC, Madrid, 2004.
- Schwabe, Jürgen, Cincuenta Años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán, Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, 2003.
- Schwabe, Jürgen (compilador), Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, Fundación Konrad Adenauer, México D.F., 2009.
- Smend, Rudolf, Constitución y Derecho Constitucional, traducción de J. M. Beneyto, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.
- Tamayo Salmorán, Rolando, La garantía jurisdiccional de la Constitución, en: Anuario Jurídico I, UNAM, México, 1974.
- Ticona Postigo, Víctor, El debido proceso civil, Rodhas, 1ra. Edición, Lima, 1999.
- Tomás y Valiente, Francisco, La Constitución y el Tribunal Constitucional, en: La jurisdicción Constitucional en España, Centro de Estudios Constitucional del Tribunal Constitucional, Madrid, 1995.
- Trujillo Rincón, María, Los conflictos entre órganos constitucionales del Estado, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1995.
- Unger, Mark, Sesenta años de la Ley Fundamental alemana: de un provisorio con una larga vida, en: Estudios Constitucionales, Año 7, Nº 2, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, 2009.
- Uribe Arzate, El Tribunal Constitucional, Universidad Autónoma del Estado de México, Miguel Ángel Porrúa, México D.F., 2008.
- VVAA, Las Tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual, Eliseo Aja (editor), Ariel, Barcelona, 1998.
- Zagrebelsky, Gustavo, Principios y votos: El Tribunal Constitucional y la política, Trotta, Madrid, 2008.